



Vinculación a los pliegos. Condiciones de solvencia. PYMES

CONSULTA

“Buenos días,

Nos surge una duda con la admisión de un licitador en un procedimiento de XXXXXXXX. Si una empresa, PYME, que se presenta a una licitación no alcanza el volumen anual de negocio requerido en PCAP, como máximo 1,5 del valor estimado del contrato, ¿se puede admitir a esta empresa para no obstaculizar la participación de PYMES, o es directamente causa de exclusión de la licitación? Nunca habíamos estado ante este supuesto. Gracias

Un saludo,”

RESPUESTA

En relación con la citada consulta hemos de partir de la naturaleza que tienen los pliegos en un procedimiento de contratación. Los pliegos constituyen el documento que contiene la totalidad de las cláusulas que van a regir el contrato administrativo, así como los derechos y obligaciones que corresponde a cada una de las partes del mismo. Los pliegos rectores de una licitación vinculan a las partes (tanto al órgano de contratación como al licitador). Ello ha llevado a la jurisprudencia a acuñar el aforismo de que "el pliego es ley del contrato".

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, señala en su artículo 139.1 que *“Las **proposiciones** de los interesados **deberán ajustarse a los pliegos** y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la **aceptación incondicionada por el empresario** del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (...)”*

Los tribunales han tenido ocasión de pronunciarse sobre ello, como ejemplo podemos citar la **Resolución nº. 219/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**, que sobre la necesidad de seguir el tenor literal consignado en los pliegos, dispone:



*“Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de ocasiones acerca de **la cualidad de lex contractus de los pliegos**, una vez éstos adquieren firmeza. Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2001 (Sección Séptima) y otras resoluciones de este Tribunal (178/2013, 17/2013 y 45/2013) en la que se afirma que –esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, **debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo**, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía (...) Por otro lado, tiene declarado este Tribunal, que el **Pliego de Cláusulas Administrativas constituye la ley de contrato a la que deben sujetarse los licitadores, así como el propio órgano de contratación**. Al efecto, hemos de partir del valor vinculante del Pliego aprobado por el órgano de contratación. El Pliego constituye –auténtica *lex contractus*, con eficacia jurídica no sólo para el órgano de contratación sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación–. (...)”*

De acuerdo con lo expuesto, el pliego de cláusulas administrativas particulares vincula a los licitadores que deseen participar en el correspondiente procedimiento de contratación, pero también al órgano de contratación. Ambos están sujetos a lo que disponga el mismo, siempre y cuando el pliego no esté incurrido en algún vicio constitutivo de causa de nulidad de pleno derecho. El que el pliego constituya “ley del contrato” resulta conforme con los principios de seguridad jurídica y de igualdad; las partes intervinientes conocen cuáles van a ser los derechos y obligaciones que resulten del procedimiento de contratación, y van a resultar aplicables por igual a todos los licitadores que concurran.



Las licitadoras al presentar sus ofertas aceptan el contenido de los pliegos rectores de la licitación a la que han concurrido, pliegos que vinculan también al órgano de contratación que los ha aprobado. Las condiciones de solvencia se encuentran dentro del contenido de los pliegos que habrán concretado dichas condiciones de conformidad con lo dispuesto en la ley. Una vez que se han publicado los citados pliegos, las licitadoras conocen, entre otras cuestiones, las concretas condiciones de solvencia que exige el órgano de contratación en el pliego y que deben cumplir. En este punto, es preciso recordar lo dispuesto en el artículo 65.1 de la LCSP que establece que ***“Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas”***.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el supuesto que plantea la entidad consultante, **será necesario excluir a la licitadora que no haya acreditado su aptitud, por falta de solvencia económica** (en el presente caso), ya que ello implica la imposibilidad de contratar con el órgano convocante del procedimiento.

Lo anterior no queda enervado por el hecho de que la licitadora que ha incumplido sea una PYME. Es cierto que la LCSP establece en su artículo primero, como uno de los objetivos de la ley que se facilite el ***“acceso a la contratación de las pequeñas y medianas empresas”***. Este objetivo han de tenerlo en cuenta los órganos de contratación al definir los pliegos rectores de la licitación de manera que, en la medida de lo posible, se establezcan medidas que, cumpliendo con la normativa contractual, promuevan la participación en los procedimientos de contratación de este tipo de empresas.

Respecto de los medios acreditativos de la solvencia, el art. 87 de la LCSP establece 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.

Resulta ilustrativa, sobre esta cuestión, la Resolución nº 593/2018 del TACRC:

“(…) Al respecto hemos de exponer la doctrina del Tribunal sobre la elección de los criterios de solvencia de las licitadoras en los procedimientos de contratación, recogida entre otras en la Resolución 362/2018:

(…) Corresponde, por tanto, 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 de referencia.

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”...

(…) Esta doctrina impone la obligación de determinar tales criterios y, a su vez, impide que puedan ser aplicados criterios o condiciones que no han sido expresados.

(…) El Considerando 83 de la citada Directiva señala que: «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 (…)



La LCSP 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 en dicha norma, y ante la opción de acreditar 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, la cuantía no debe superar una vez y media el valor estimado del contrato (...)”.

De lo expuesto se desprende que el órgano de contratación, a la hora de establecer las concretas condiciones de solvencia económica, deberá basarse en cualquiera de los medios previstos en la LCSP. **Los medios elegidos deberán estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato, de modo que se evite la exigencia de unos requisitos de solvencia excesivos que podrían dar lugar a la exclusión de la licitación, como ha sido en este caso, a las PYME.** En este punto cabe recordar que, si el órgano de contratación ha optado en el pliego por que los licitadores acrediten su solvencia por referencia a su volumen de negocios, **no necesariamente este debe suponer un importe equivalente a una vez y media el valor estimado del contrato.** La ley, en su artículo 87, únicamente establece este valor, con carácter general, como un límite máximo para el órgano de contratación en el caso de que haya optado por este medio para acreditar la solvencia económica de los licitadores, por lo que aquél podrá establecer en los pliegos, siempre que esté vinculado y sea proporcional al objeto del contrato, un importe inferior.

Finalmente indicar que, sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la presente respuesta a la consulta planteada tiene carácter meramente informativo y en ningún caso resulta vinculante.

SERVICIO DE ASESORAMIENTO Y NORMALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN