

ILMO. SR.:

Habiendo tenido conocimiento del anuncio de la licitación para la "prestación de servicios para la redacción del plan de reforma interior e instrumentos urbanísticos y ambientales complementarios de la urbanización Monte Júcar Alberic", publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público del pasado 15 de diciembre de 2021 (Expte. PAB SER 10/2021), y dentro del plazo legal que se concede en el artículo 50 de la Ley de Contratos del Sector Público, formulamos el presente **RECURSO DE REPOSICIÓN** en base a los siguientes

FUNDAMENTOS

PRIMERO.- LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL CTAV.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, que dispone: "*Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso*".

El artículo 24 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, establece en su párrafo primero: "*Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados*".

La entidad recurrente es una Corporación de Derecho Público representativa de los intereses profesionales de los colegiados, de acuerdo con sus Estatutos, por lo que persigue la defensa de los intereses de sus fines colegiales, siendo claro que su objeto está relacionado directamente con el del objeto del contrato.

En este sentido, citar la reciente Resolución de este Tribunal, Resolución 351/2017, de 21 de abril en la que se pone de manifiesto: "A este respecto, y citando, por todas, la Resolución 654/2015, de 10 de julio, cabe señalar lo siguiente: 'Ya en la Resolución 232/2012, de 24 de octubre, el Tribunal reconoció a las Corporaciones de Derecho Público (en aquél caso concreto, a un Colegio Profesional), legitimación para recurrir las disposiciones generales y actos que afectan a intereses profesionales, siempre y cuando tengan carácter de afectados, en el sentido de que su ejercicio profesional resulte afectado por el acto impugnado (SSTS, entre otras, de 24 de febrero de 2000 [RJ 2000, 2888], 22 de

mayo de 2000 [RJ 2000, 6275], 31 de enero de 2001 [RJ 2001, 1083], 12 de marzo de 2001 [RJ 2001, 1712] y 12 de febrero de 2002 [RJ 2002, 3160]'. Y, como se indicó en la más reciente Resolución 465/2015, de 22 de mayo, '... la jurisprudencia y también la doctrina de este Tribunal ha reconocido la legitimación de los Colegios Profesionales para impugnar aquellas disposiciones o actos de naturaleza contractual que pudieran afectar a sus intereses profesionales, si bien precisando que tan amplia legitimación no puede suponer en ningún caso el reconocimiento de una suerte de acción popular que habilite a las Corporaciones de Derecho Público para intervenir en cualquiera cuestiones sin más interés que el meramente abstracto de defensa de la legalidad supuestamente violada. Lo cual se ha traducido en la práctica en el reconocimiento de su legitimación activa para impugnar los Pliegos en defensa de los intereses profesionales de sus afiliados.'"

Pues bien, figurando entre los fines de esta Corporación la defensa de los intereses profesionales de sus miembros, ha de entenderse, conforme a la doctrina citada, que ostentan legitimación cuando aquello que impugnan incide directamente en los intereses profesionales de sus representados, pero no cuando persiguen la impugnación del contrato licitado por meras razones de legalidad.

SEGUNDO.-VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 90.4 DE LA LEY CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO POR IMPEDIR PARTICIPAR A LAS EMPRESAS DE NUEVA CREACIÓN (CLÁUSULA OCTAVA DEL PCA).

En los criterios de adjudicación recogidos en el PCA no se incluye a las empresas de nueva creación, conforme previene el artículo 90.4 de la LCSP, en concreto se indica en la cláusula 8ª lo siguiente:

"a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo, los cinco últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos.

b) Las titulaciones académicas y profesionales del empresario y del personal directivo de la empresa y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato."

A juicio de este Colegio, el presente concurso el pliego, no tiene en cuenta a las empresas de nueva creación, lo que supone un trato desigual al resto que sí tienen experiencia, y en contra de lo previsto en el artículo 90.4 de la Ley de Contratos del sector público, así como un impedimento a la libre competencia y el principio de igualdad, al no permitir concurrir a estos profesionales y empresas de nueva creación, tratándose de un contrato no SARA, lo que significa participar en el concurso con la puntuación mermada desde el inicio.

El art. 90.4 de la LCSP dice: *"En los contratos no sujetos a regulación armonizada, cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años, su solvencia técnica se acreditará por uno o varios de los medios a que se refieren las letras b) a i) anteriores, sin que en ningún caso sea aplicable lo establecido en la letra a), relativo a la ejecución de un número determinado de servicios"*

También se vulnerarían **los artículos 58 y siguientes de la Directiva 2014/24 que**, tienen un efecto directo, relajaban notablemente los requisitos a favor de una mayor aplicación del principio de concurrencia entre los posibles licitadores, por ejemplo en el período de tiempo a tener en cuenta para acreditar la experiencia en contratos similares.

No incluir esta cláusula, que por otro lado es obligatorio en este tipo de contrato, supone una vulneración del principio de concurrencia, vinculado al de igualdad y no discriminación (artículo 1º de la LCSP), puesto que a través de estos, se garantiza que participen de los procedimientos de licitación el mayor número posible de licitadores en igualdad de condiciones, y sin dejar fuera a los que no tienen aún esa experiencia.

Y el artículo 1 de la LCSP establece:

"Objeto y finalidad.

*La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y **no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores**; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa."*

TERCERO.- PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Mediante el principio de igualdad de trato y no discriminación se exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes. Se pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública. **Es exigible que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades** al formular los términos de sus ofertas y que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores.

Si bien, en realidad, no es más que una manifestación de la exigencia del principio constitucional de igualdad del artículo 14 de la Constitución española y, puesto que la contratación constituye un supuesto de actuación administrativa, es también una imposición del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos recogido en el artículo 9.3 de nuestra Carta Magna.

En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) que entre los principios esenciales que rigen la contratación administrativa, está la igualdad de acceso entre las distintas empresas dedicadas a la contratación pública y el procedimiento de contratación que tiende a garantizar el interés público mediante la articulación de tres principios cardinales de la licitación: el principio de publicidad, el principio de libre competencia y el principio de igualdad de oportunidades. Por consiguiente, el principio de igualdad y la prohibición de toda

discriminación son principios fundamentales que deben respetarse en todo caso y a lo largo de todo el proceso de contratación.

La LCSP 2017 dedica el primero de sus preceptos a los principios generales de la contratación pública y así establece en su apartado 1 que la norma tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores

El Título I de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE se intitula "Ámbito de aplicación, definiciones y principios generales" y dedica su artículo 2 GIMENO FELIU, "Las nuevas Directivas –cuarta generación en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública", REDA núm. 159 (2013), págs. 25 y ss. Gabilex Nº Extraordinario Marzo 2019 <http://gabilex.castillalamancha.es> 23 18 a los "Principios de la contratación" para establecer que *"los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada. La contratación no será concebida con el objetivo de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia"*.

Principios reconocidos por "el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea y, en particular la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y de los principios derivados de la misma, tales como el de la igualdad de trato, no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia" y se hace alusión reiterada a los mismos a lo largo de toda la exposición de motivos de la Directiva 2014/24 (considerandos 12, 31, 40, 58, 68, 101, 114 y 136) 5. Así lo exigen distintos preceptos de los tratados de derecho originario, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal (STJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH)⁷. El TJUE ha reiterado que el principio de igualdad de trato de los licitadores, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, y el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos.

También el Tribunal Constitucional español ha reconocido la importancia de los principios generales de la contratación pública en su sentencia 84/2015, de 30 de abril de 2015,

EN ESTE MISMO SENTIDO LA RESOLUCIÓN del Recurso número 1416/2021 de la Comunidad Valenciana 321/2021, resolución número 1000 875 2021, sección primera, de 22 de diciembre de 2021. Se trata de un recurso planteado por el Colegio Oficial de Arquitectos de la Comunidad Valenciana, precisamente en un concurso en el que el órgano contratador no había contemplado la posibilidad de que dentro de las condiciones de la solvencia técnica estuviesen las empresas de nueva creación. El Tribunal ha estimado en nuestro recurso.

"Sexto.- Sin embargo, sí debe estimarse el recurso en cuanto a la necesidad de que se incorporen en los pliegos los criterios de solvencia técnica exigibles a las empresas de nueva creación. Así, frente a lo alegado por el órgano de contratación, aunque es cierto que el artículo 92 permite la aplicación supletoria de los criterios "establecidos en los artículos 87 a 90 para el tipo de contratos correspondiente, que tendrán igualmente carácter supletorio para los no concretados en los pliegos", lo cierto es que el criterio supletorio de solvencia técnica para los contratos de servicios es el previsto en el artículo. 90.2 de la LCSP conforme al cual:

"2. En el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se especificarán los medios, de entre los recogidos en este artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia técnica de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa, en su caso, de los valores mínimos exigidos para cada uno de ellos y, en los casos en que resulte de aplicación, con especificación de las titulaciones académicas o profesionales, de los medios de estudio e investigación, de los controles de calidad, de los certificados de capacidad técnica, de la maquinaria, equipos e instalaciones, y de los certificados de gestión medioambiental exigidos. En su defecto, la acreditación de la solvencia técnica o profesional se efectuará mediante la relación de los principales servicios efectuados en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato."

Es decir, el criterio de aplicación supletoria es el del artículo 90.1 a), que es el vedado para las empresas de nueva creación, por lo que en los contratos no SARA es indispensable que los pliegos determinen el criterio de solvencia, elegido entre los previstos en las letras b) a i) del artículo 90.1, que se exigirá a las empresas de nueva creación, debiendo indicar de forma expresa las titulaciones académicas o profesionales, de los medios de estudio e investigación, de los controles de calidad, de los certificados de capacidad técnica, de la maquinaria, equipos e instalaciones, y de los certificados de gestión medioambiental exigidos.

De considerarse aplicable para las empresas de nueva creación del artículo 90.4 de la LCSP, el criterio supletorio del artículo 90.2 de la LCSP, quedaría sin efecto la previsión del mismo artículo 90.4, por lo que la única interpretación posible es entender que el artículo 90.4, en relación con el artículo 90.2, exige que los pliegos especifiquen el criterio de solvencia elegido para dichas empresas de nueva creación con el detalle exigido en dicho artículo 90.2, sin que en esos caso se pueda acudir a un criterio supletorio al amparo del artículo 92 de la LCSP.

En tanto en cuanto los pliegos impugnados no contemplan estos requisitos de solvencia alternativos, no pudiendo aplicarse el criterio supletorio del artículo 90.2 de la LCSP por ser contrario al artículo 90.4 de la LCSP, debe estimarse parcialmente el recurso para que por el órgano de contratación incorpore a los pliegos dichos criterios de solvencia alternativos."

Y acordando lo siguiente:

"Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. Luis Miguel Sendra Mengual, en representación del COLEGIO OFICIAL DE ARQUITECTOS DE LA COMUNIDAD VALENCIANA (COACV), contra los pliegos de la licitación convocada por la Gerencia de Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana para contratar los "Trabajos de consultoría y asistencia técnica consistentes en la redacción del proyecto constructivo y dirección de obra de adecuación de las rejillas de ventilación en Metrovalencia para la disminución de ruido", expediente 21/044, que se anulan por no incorporar los criterios de solvencia alternativos exigidos por el artículo 90.4 de la LCSP, con retroacción de actuaciones al momento anterior a la aprobación del PCAP."

En virtud de lo expuesto

SUPLICO a VI, tenga por presentado recurso de reposición en tiempo y forma, y acuerde tener en cuenta los criterios de solvencia técnica del 90.4 de la LCSP, en los PCA, para las empresas de nueva creación.

En València, a 4 de enero de 2022.

ILMO. SR. ALCALDE-PRESIDENTE DEL AYUNTAMIENTO DE ALBERIC.