

Recurso 147/2015**Resolución 366/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 27 de octubre de 2015.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **UTE ARENAL GRUPO CONSULTOR, S.L Y ASISTENCIAS TÉCNICAS CLAVE, S.L** contra la resolución del órgano de contratación, de 13 de julio de 2015, por la que se acuerda la adjudicación del contrato denominado “Servicios de coordinación técnica global de los estudios y trabajos previos de los planes locales para emprender, del análisis de recursos socioeconómicos locales y de la realización de informes y análisis del tejido empresarial y el empresariado local”, respecto del Lote 1 “Coordinación técnica global de los estudios y trabajos previos de los planes locales para emprender y análisis de recursos socioeconómicos locales” (Expte 2015/007), promovido por Andalucía Emprende, Fundación Pública Andaluza, ente instrumental de la Junta de Andalucía, adscrito a la Consejería de Economía y Conocimiento, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente



RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 21 de febrero de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato citado en el encabezamiento. Asimismo el citado anuncio fue publicado el 9 de marzo de 2015 en el Boletín Oficial del Estado núm 58 y el 23 de febrero en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 223.140,50 euros .

SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

TERCERO. La Mesa de contratación, tras la calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos y de las ofertas presentadas, en sesión celebrada el 30 de junio de 2015 acordó elevar propuesta de adjudicación del contrato al órgano de contratación. El acta correspondiente fue publicada en el perfil de contratante, el 1 de julio de 2015.

El 13 de julio de 2015 tuvo entrada en el Registro General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE ARENAL GRUPO CONSULTOR, S.L Y ASISTENCIAS



TÉCNICAS CLAVE, S.L., contra la propuesta de adjudicación realizada por la Mesa de contratación en sesión celebrada el 30 de junio de 2015, en relación al Lote 1 del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución.

Mediante Resolución número 280/2015, de 23 de julio, de este Tribunal se acuerda la inadmisión del citado recurso de 13 de julio de 2015, por no ser el acto impugnado susceptible de recurso especial en materia de contratación.

CUARTO. Mediante resolución de la Directora Gerente de Andalucía Emprende, Fundación Pública Andaluza, de 13 de julio de 2015, se acuerda la adjudicación del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución, respecto del Lote 1 “Coordinación técnica global de los estudios y trabajos previos de los planes locales para emprender y análisis de recursos socioeconómicos locales”, a la UTE FUNDACIÓN ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS DE ANDALUCÍA, ENDÓGENOUS, S.L. Y NUBIA CONSULTORES, S.L.L.. La resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante y remitida a la recurrente el 13 de julio de 2015 .

QUINTO. El 24 de julio de 2015, tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE ARENAL GRUPO CONSULTOR, S.L Y ASISTENCIAS TÉCNICAS CLAVE, S.L contra la resolución de adjudicación del contrato citado, respecto del Lote 1.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 27 de julio de 2015 se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre el recurso y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

El 29 de julio y el 4 de agosto de 2015, tuvo entrada en este Tribunal la documentación requerida al órgano de contratación.

SEXTO. Por la Secretaría del Tribunal, con fecha 5 de agosto de 2015 se solicita a la



recurrente que aporte determinada documentación para la subsanación de su escrito de interposición del recurso. Dicha documentación fue remitida por la recurrente teniendo entrada en este Tribunal el 6 de agosto de 2015.

SÉPTIMO. Con fecha 11 de agosto de 2015, por la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles a los licitadores para que presentaran alegaciones. En el plazo concedido para ello ha presentado alegaciones la UTE FUNDACIÓN ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS DE ANDALUCÍA, ENDÓGENOUS, S.L. Y NUBIA CONSULTORES, S.L.L.

OCTAVO. Este Tribunal, mediante resolución, de 18 de agosto de 2015, acuerda el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios citado en el encabezamiento de la presente resolución, respecto del Lote 1.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra algunos de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.



El contrato objeto de licitación es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, convocado por un órgano con la condición de poder adjudicador, siendo su valor estimado de 223.140,50 euros, y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación del contrato (Lote 1), por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.a) y 2.c) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*.

En el supuesto examinado, la resolución de adjudicación impugnada fue publicada en el perfil de contratante y remitida a la ahora recurrente con fecha 13 de julio de 2015, presentándose el recurso en el Registro General de este Tribunal el 24 de julio de 2015, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes señalado.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

Con carácter previo al estudio del fondo, es necesario analizar una doble alegación del órgano del órgano de contratación en la que manifiesta que no procede admitir, por extemporáneo, el presente recurso especial pues, a su juicio, por un lado, el mismo debió presentarse cuando la ahora recurrente tuvo conocimiento de que la actual adjudicataria participaba en el procedimiento, esto es dentro de los quince días siguientes al de la publicación, el 14 de abril de 2015, en el perfil de contratante del acta de la segunda Mesa de contratación donde se citan la entidades que participan definitivamente en la licitación, y no esperar a la publicación de la resolución de adjudicación y, por otro lado, la recurrente desde el 27 de mayo de 2015 -fecha del acta de la cuarta sesión de la Mesa de contratación, donde los interesados cuentan



con todos los datos que le permiten conocer mediante sencillos cálculos la empresa que va a ser propuesta como adjudicataria-, tenía conocimiento de que ella al ocupar el segundo lugar resultaría adjudicataria si se excluía a la propuesta como oferta económicamente más ventajosa.

Con respeto a la primera alegación de extemporaneidad del órgano de contratación, por entender que habría sido necesaria la impugnación por la recurrente del acto de la Mesa de contratación por el que se admiten las ofertas de los licitadores que acrediten el cumplimiento de los requisitos previos, ex artículo 146 del TRLCSP, no cabe duda de que el acto en cuestión por su naturaleza es un acto de trámite y, por tanto, al amparo del artículo 40.2.b) del TRLCSP, sólo será susceptible de recurso especial si decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, determina la imposibilidad de continuar el procedimiento o produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

Pues bien, a juicio de este Tribunal, dicha actuación no se corresponde con ninguno de los actos susceptibles de recurso especial conforme al citado artículo 40.2.b) del TRLCSP. En concreto, no se trata de un acto de trámite adoptado en el procedimiento de adjudicación que decida directa o indirectamente sobre la adjudicación, determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

Además, tales actuaciones pueden ser impugnadas cuando se dicte la resolución de adjudicación, momento en el que podrán eventualmente ser alegadas en el recurso contra aquel acto, tal y como lo ha hecho la ahora recurrente. Al respecto, el artículo 40.3 del TRLCSP establece que *“Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.”*



Por último indicar que el criterio de este Tribunal, puesto de manifiesto entre otras en la Resolución 23/2012, de 16 de marzo, de entender que los acuerdos de las Mesas de contratación que admiten a determinados licitadores no se corresponde con ninguno de los actos susceptibles de recurso especial, es compartido por el resto de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales; sirva como ejemplo una de las primeras resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en concreto la 59/2011, de 2 de marzo, en relación con el apartado b) del artículo 310 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público -actual artículo 40.2.b) del TRLCSP-, que señalaba lo siguiente:

"(...) Para llegar a una interpretación adecuada de este precepto es preciso tener en consideración una doble posibilidad en cuanto a la función que se pretende cumpla el mismo. De una parte, cabe entender que mediante él se pretende evitar que los actos de trámite, que son irrecurribles en principio, priven de la posibilidad de ejercitar sus derechos a los licitadores al quedar al margen del procedimiento de adjudicación a pesar de tener derecho a participar en él. Por otra, cabría entender que el legislador ha querido dotar de sustantividad a los actos de la Mesa sobre la admisión de licitadores y, por ello, ha admitido la posibilidad de que sean impugnados sus actos en tal sentido. En el primer caso, sólo podría impugnarse la exclusión de licitadores, en el segundo sería posible impugnar también los actos de admisión.

A juicio de este Tribunal, una correcta interpretación del precepto exige que se examinen paralelamente este precepto y el que le da origen, es decir, el artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Del análisis conjunto de ambos preceptos se desprende que el legislador ha querido evitar la posibilidad de que resulten perjudicados los derechos o intereses legítimos de los administrados como consecuencia de actos de trámite, que de no ser por la excepción contenida en la Ley, no serían recurribles. Ello significa que, en tales casos, la posibilidad de recurrir no se abre a todos los interesados sino sólo a aquéllos respecto de los cuales pudiera resultar perjudicado el ejercicio de sus derechos o la defensa de sus intereses legítimos como consecuencia del acto de trámite en cuestión. La justificación de esto es clara. El licitador que hubiera resultado excluido del



procedimiento por el acto de trámite, quedaría privado de la posibilidad de defensa de su derecho o interés legítimo, pues carecería de legitimación para recurrir el acto resolutorio del mismo. Precisamente para evitar esta posibilidad establece el legislador en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, primero y en la Ley de Contratos del Sector Público con posterioridad, la posibilidad de impugnación del acto de trámite que le perjudique.

Sin embargo, esta misma razón excluye la posibilidad de que los actos de trámite que no perjudican de forma directa el derecho de un licitador sean recurridos por éste, pues, con independencia de que la no exclusión del procedimiento no prejuzga respecto del contenido de la adjudicación, además, de resultar adjudicatario el licitador que debiera haber sido excluido, siempre quedará la posibilidad de recurrir el acto de adjudicación a los restantes licitadores en base a la circunstancia que debió motivar su exclusión".

Con respeto a la segunda alegación de extemporaneidad del órgano de contratación, esto es la necesaria impugnación por la recurrente del acta de la cuarta sesión de la Mesa de contratación previa a la propuesta de adjudicación de la misma, además de lo dicho en los párrafo anteriores, es necesario traer a colación la Resolución 280/2015, de 23 de julio, de este Tribunal, puesta de manifiesto en los antecedentes de esta resolución, en la que acuerda la inadmisión del recurso, de 13 de julio de 2015, interpuesto por la ahora recurrente contra la propuesta de adjudicación, por no ser el acto impugnado susceptible de recurso especial en materia de contratación. Si la propuesta de adjudicación no es susceptible de recurso especial, con menos razón lo será el acta de la cuarta sesión de la Mesa de contratación de apertura del sobre de documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, máxime cuanto la citada Resolución 280/2015 le fue notificada al órgano de contratación con anterioridad a la emisión por su parte de la alegación que se analiza, por lo que en el momento de su alegación conocía el parecer de este Tribunal al respecto.

En consecuencia, procede no admitir estos alegatos del órgano de contratación de extemporaneidad del recurso.



Por último y con carácter previo al análisis del fondo del asunto procede analizar una alegación del órgano de contratación en la que manifiesta que es necesario recordar que la Mesa de contratación, previo traslado de alegaciones a las partes afectadas, a través de Resolución de 30 de junio de 2015 acordó desestimar motivadamente, y siendo competente para ello, las alegaciones presentadas por la recurrente que ahora reproduce en el presente recurso. Dado que el órgano de contratación no aclara cuál es su pretensión en la presente alegación, este Tribunal se ve imposibilitado para analizarla. En todo caso, es necesario poner de manifiesto que el citado acuerdo de la Mesa de contratación, de 30 de junio de 2015, es un acto de trámite que no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento ni produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, pudiendo ser alegado por los interesados al recurrir el acto de adjudicación, como de hecho así lo ha alegado la recurrente en el recurso que ha interpuesto contra la adjudicación, por lo que no tiene razón de ser el alegato planteado por el órgano de contratación.

SEXTO. En cuanto al fondo del asunto, la recurrente centra su recurso en que, a su juicio, la ahora adjudicataria carece de la solvencia económica y financiera requerida en los pliegos, toda vez que en la cifra de negocios que aportaron dos de los tres miembros de la unión temporal de empresas para su acreditación, suman a su cifra de ventas las subvenciones recibidas, extremo que según la recurrente es contrario a derecho. Para reforzar su alegato trae a colación la Resolución 576/2014, de 24 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC).

Alega la recurrente que para la legislación sobre contratos del sector público no cabe sumar el importe de las subvenciones públicas como parte de la cifra de negocio para acreditar la solvencia, ya que no son ingresos generados por la propia actividad empresarial sino que dependen de la voluntad política de la Administración otorgante, alterando las condiciones de la competencia en contra de uno de los pilares básicos de la legislación contractual -artículo 1 TRLCSP-, por lo que admitir las



subvenciones como cifra de negocio lo único que asegura es la discriminación de trato y la desigualdad entre candidatos.

Sigue alegando la recurrente que la cifra de negocio que debe considerarse para evaluar la solvencia económica y financiera de cualquier licitador, independientemente de su forma jurídica, es el importe de venta de sus productos y la prestación de sus servicios correspondientes a las actividades ordinarias de la sociedad, entidad y organismo de que se trate, sin que proceda imputar los ingresos por subvenciones concedidas por la Administración Pública.

Concluye la recurrente solicitando la anulación de la adjudicación, con retroacción de las actuaciones para que se proceda como legalmente corresponda.

Por su parte el órgano de contratación en su informe de alegaciones al recurso, basa la actuación de la Mesa de contratación al admitir la solvencia económica y financiera de la ahora adjudicataria en los siguientes argumentos:

- Que la Fundación Espacios Naturales de Andalucía (ANDANATURA) es una fundación radicada en Andalucía y, por tanto, le es de aplicación lo dispuesto en la Resolución, de 26 de marzo de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas por la que se aprueba el Plan de Contabilidad de pequeñas y medianas entidades sin fines lucrativos, así como en la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones Andaluzas.

- Que, según se dispone en el artículo 34.4 de la Ley 10/2005, *“Las fundaciones podrán formular sus cuentas anuales en los modelos abreviados cuando cumplan los requisitos establecidos al respecto para las sociedades mercantiles. La referencia al importe neto de la cifra anual de negocios establecida en la legislación mercantil se entenderá realizada al importe del volumen anual de ingresos por la actividad propia más, si procede, la cifra de negocios de su actividad mercantil.”*



- Que se puede, asimismo, observar en la citada Resolución de 26 de marzo de 2013, en la página 26.755 del BOE número 86, de 10 de abril de 2013, que no se refleja ningún vocablo como “cifra de negocios” en la cuenta de resultados de las entidades sin fin lucrativo, sino que se refleja el término “ingreso de la actividad propia”.

- Que entendemos que no puede, por tanto, sustraerse el concepto de actividad ordinaria o propia de la empresa al mero cómputo de sus cifras de ventas, exclusivamente en el ámbito de lo mercantil de la acepción, sin tener en cuenta que una fundación es un entidad no mercantil, que no persigue el ánimo de lucro, en la que para la consecución de sus fines generales y/o estatutarios, se accede a ayudas específicas que, a través de subvenciones públicas, le son concedidas como forma de financiación de sus actividades ordinarias, que se complementan con otros ingresos de naturaleza mercantil. Así, es criterio de la citada fundación el incorporar ambas magnitudes como importe de la cifra de negocios global, no solo como cálculo de una cifra para presentar las cuentas anuales al registro de fundaciones como PYME o general, sino también como una medida de la actividad ordinaria de la fundación.

Concluye el órgano de contratación ratificándose en el criterio de computar como cifra anual de negocios, a efectos de calificación de la solvencia económica y financiera de ANDANATURA, la de los ingresos de la actividad propia de la fundación.

Por su parte, la UTE FUNDACIÓN ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS DE ANDALUCÍA, ENDÓGENOUS, S.L. Y NUBIA CONSULTORES, S.L.L., como entidad interesada manifiesta que la argumentación de la recurrente se apoya exclusivamente en la Resolución 576/2014, de 24 de julio, del TACRC que resuelve un conflicto relativo al supuesto de una sociedad mercantil, que recibe de forma extraordinaria subvenciones, que no es el caso de las fundaciones, en las que se reciben de forma habitual subvenciones para el ejercicio de su actividad propia.

Alega la entidad interesada que las fundaciones son organizaciones que tienen un forma particular que las diferencia de las sociedades mercantiles, de tal forma que el



Plan General Contable para las entidades sin fin lucrativo, de aplicación a las fundaciones, determina que lo que en las sociedades mercantiles se denomina *cifra global de negocio*, en las fundaciones se denomina *ingreso de la actividad propia*; por tanto, ambos términos son idénticos a efectos de determinar la solvencia de la entidad, por aplicación directa de la ley.

Manifiesta la entidad interesada que los ingresos de la actividad propia integran todos los ingresos obtenidos por la fundación para el desarrollo de su actividad, incluyendo las subvenciones, ya que las mismas forman parte de una financiación habitual de este tipo de organizaciones, de tal forma que una fundación no recibe subvenciones de una forma puntual -como puede ser el caso de una sociedad mercantil- sino que en el ejercicio de su actividad es una fuente habitual de ingresos ya que su forma jurídica está concebida para eso.

SÉPTIMO. Una vez vistas las alegaciones de las partes procede analizar la cuestión de fondo sobre la que versa el recurso, esto es determinar si la actuación de la Mesa de contratación fue correcta al entender que la documentación presentada por la ahora adjudicataria acreditaba su solvencia económica y financiera, por cumplir con los requisitos exigidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que rige la licitación, y si, en consecuencia, resulta procedente o improcedente la admisión del licitador, ahora adjudicatario.

En definitiva, la resolución del recurso requiere analizar si la actuación de la Mesa de contratación se ajustó al régimen jurídico de la contratación del sector público y, en especial, al PCAP que junto con el de prescripciones técnicas, constituyen la ley de contrato, como viene afirmando reiteradamente nuestra jurisprudencia.

Es necesario, asimismo, recordar que la normativa de contratación pública exige para poder contratar con los distintos poderes adjudicadores el cumplimiento previo, entre otros, del requisito de solvencia económica y financiera para garantizar la idoneidad del licitador para la ejecución de la prestación objeto de licitación. Esta exigencia de solvencia económica y financiera se conforma como un requisito o



condición necesaria, de tal forma que su incumplimiento trae como consecuencia la exclusión del licitador.

Al respecto, dentro del régimen jurídico de la contratación del sector público relativo a la solvencia económica y financiera, es necesario considerar el artículo 47 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, en lo que aquí interesa; dispone el mismo lo siguiente; “1. En general, la justificación de la capacidad económica y financiera del operador económico podrá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes:

a) declaraciones apropiadas de bancos o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales;

b) la presentación de balances o de extractos de balances, en el supuesto de que la publicación de los mismos sea obligatoria en la legislación del país en el que el operador económico esté establecido;

c) una declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades de que es objeto el contrato, correspondiente como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del operador económico, en la medida en que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocios.

(...)

4. Los poderes adjudicadores precisarán, en el anuncio de licitación o en la invitación a licitar, qué referencia o referencias de las contempladas en el apartado 1 han elegido, así como cualquier otra referencia probatoria que se deba presentar.

(...)”

En idéntico sentido se expresan los artículos 75.1 y 62.2 del TRLCSP. Así, dispone el 75.1, “La solvencia económica y financiera del empresario podrá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes:

a) Declaraciones apropiadas de entidades financieras o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales.

b) Las cuentas anuales presentadas en el Registro Mercantil o en el Registro oficial que corresponda. Los empresarios no obligados a presentar las cuentas en Registros oficiales podrán aportar, como medio alternativo de acreditación, los



libros de contabilidad debidamente legalizados.

c) Declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondiente al objeto del contrato, referido como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario, en la medida en que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocios.”

Por su parte, el artículo 62.2 del TRLCSP dispone que *“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.”*

Para dar cumplimiento a lo anterior, el PCAP regula la solvencia económica y financiera en la cláusula 9.2.1.1.d), documentos que acreditan la solvencia económica y financiera, que dispone *“1. Cuando en el anexo I-A se exija clasificación administrativa, la solvencia económica y financiera quedará acreditada mediante la presentación de la documentación exigida en la cláusula 9.2.1.1.c) del presente pliego.*

2. Cuando en el anexo I-A no se exija clasificación administrativa, la citada solvencia podrá acreditarse mediante los medios de admisión y y conforme a los criterios fijados en el anexo III-B por el órgano de contratación.

Se considerará que la empresa tiene solvencia económica y financiera si cumple con los criterios que se señalan en el citado anexo.”

Dado que en la presente licitación no se exige clasificación, el anexo III-B del PCAP establece en relación con la solvencia económica y financiera lo siguiente: *“(…) la citada solvencia se acreditará por cualquiera de los siguientes medios que se señalan a continuación:*

- Mediante la aportación de las cuentas anuales relativas a los tres últimos ejercicios o declaraciones del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.



- *Mediante declaración relativa a la cifra global de negocios en el curso de los últimos tres ejercicios.*

En función de la documentación exigida en el apartado anterior, se considera que la empresa tiene solvencia económica y financiera si cumple con alguno de los siguientes criterios:

- *Que de las cuentas anuales se deduzca que dispone de unos fondos propios que sean al menos el 200% del importe del lote al que se licita.*

- *Que de la declaración relativa a la cifra global de negocios resulte que la de menor importe de los tres últimos años es superior al triple del importe de la anualidad máxima del lote al que se licite.”*

Visto el régimen jurídico relativo a la solvencia económica y financiera del presente contrato, procede analizar si la actuación de la Mesa de contratación fue correcta al entender que la documentación presentada por la ahora adjudicataria acreditaba su solvencia económica y financiera, conforme a lo exigido en el PCAP o, por el contrario, debió excluirla porque como alega la recurrente en la cifra de negocios que aportaron dos de los tres miembros de la unión temporal de empresas, sumaron a su cifra de ventas las subvenciones recibidas, extremo que según la recurrente es contrario a derecho.

Por tanto, la controversia radica en que, a juicio de la recurrente, la cifra de negocio que debe considerarse para evaluar la solvencia económica y financiera de cualquier licitador, independientemente de su forma jurídica, es el importe de venta de sus productos y la prestación de sus servicios correspondientes a las actividades ordinarias de la sociedad, entidad y organismo de que se trate, sin que proceda imputar los ingresos por subvenciones concedidas por la Administración Pública. Sin embargo, para el órgano de contratación la cifra de negocio que debe considerarse para evaluar la solvencia económica y financiera de las fundaciones es, además de su actividad mercantil, fundamentalmente su actividad propia, sobre todo las subvenciones públicas.



Al respecto, el concepto de volumen o cifra de negocios se define en el segundo párrafo del artículo 35.2 del Código de Comercio en el sentido siguiente: “*La cifra de negocios comprenderá los importes de la venta de los productos y de la prestación de servicios u otros ingresos correspondientes a las actividades ordinarias de la empresa, deducidas las bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas así como el Impuesto sobre el Valor Añadido, y otros impuestos directamente relacionados con la mencionada cifra de negocios, que deban ser objeto de repercusión*”. Así, desde un punto de vista mercantil, la cifra de negocio engloba la venta de productos, la prestación de servicios y los ingresos de las actividades ordinarias de la empresa.

En el supuesto que nos ocupa, la cifra de negocios controvertida es la de una fundación andaluza. Al respecto, la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, con una regulación similar a la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones a nivel estatal, establece y en lo que aquí interesa lo siguiente:

En su artículo 1.2 que “*Son fundaciones las organizaciones constituidas sin ánimo de lucro y que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general.*”. En su artículo 32 que “*Las fundaciones podrán obtener ingresos por las actividades que desarrollen o los servicios que presten a sus beneficiarios, siempre que ello no sea contrario a la voluntad fundacional, no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios y no desvirtúe el interés general de la finalidad de la fundación ni el carácter no lucrativo de la entidad.*”. En su artículo 33 apartados 1 y 5 que “*1. Las fundaciones podrán realizar, por sí mismas, actividades económicas, cuando éstas estén directamente relacionadas con el fin fundacional o sean necesarias para el sostenimiento de la actividad fundacional, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia. Además, podrán intervenir en cualesquiera actividades económicas a través de su participación en sociedades, de acuerdo con lo previsto en los siguientes apartados.*” y “*5. En todo caso, el resultado neto de las actividades mercantiles deberá destinarse al*



cumplimiento de los fines de la fundación”. En su artículo 34.4 que “Las fundaciones podrán formular sus cuentas anuales en los modelos abreviados cuando cumplan los requisitos establecidos al respecto para las sociedades mercantiles. La referencia al importe neto de la cifra anual de negocios establecida en la legislación mercantil se entenderá realizada al importe del volumen anual de ingresos por la actividad propia más, si procede, la cifra de negocios de su actividad mercantil” y en el artículo 35.1.b) “Que el importe neto de su volumen anual de ingresos por la actividad propia más, en su caso, el de la cifra de negocios de su actividad mercantil sea superior a dos millones cuatrocientos mil euros”.

De lo anterior se infiere que en el caso de las fundaciones la cifra de negocio que debe considerarse para evaluar la solvencia económica y financiera, a efectos de la normativa contractual, es fundamentalmente su actividad propia y, en su caso, su actividad mercantil, incluyendo dentro de su actividad propia tanto las subvenciones vinculadas al precio como las no vinculadas o de actividad.

Esta concepción amplia de la cifra de negocios se deduce además del PCAP que pudiendo haber exigido la cifra de negocios en el ámbito de actividades correspondientes al objeto del contrato -ex artículo 75.1.c)-, exige una cifra global de negocios.

Y es que hemos de concluir que el principio de concurrencia demanda interpretaciones no restrictivas en cuanto al cumplimiento de los requisitos de solvencia pues lo relevante, en definitiva, es que el órgano de contratación se asegure la buena ejecución del contrato con la solvencia económica y financiera exigida. Esto no supone burlar el cumplimiento del requisito legal, sino atemperar su aplicación en atención a las circunstancias de una licitación concreta, máxime cuando las reformas legales que entrarán en vigor en próximos días se encuadran en la línea expuesta.



No en vano, la Ley 25/2013, de de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, modifica diversos artículos del TRLCSP, supeditando la aplicación de algunos de ellos al

desarrollo reglamentario de la norma, que aunque ya se ha realizado por medio del Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, no entrará en vigor hasta el próximo 5 de noviembre de 2015. De entre los artículos que se modifican, el 75 del TRLCSP relativo a la acreditación de la solvencia económica y financiera, dispone en su apartado 1.a) que *“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 refiere contrato, 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, el establecido reglamentariamente”*.

Así, la nueva redacción del artículo 75 del TRLCSP -que entrará en vigor el citado 5 de noviembre de 2015- no limita el periodo de acreditación del volumen de negocios a los tres últimos ejercicios como sí lo hace la redacción actual. En este sentido, la no limitación temporal permite concluir que el legislador introduce la posibilidad de que, respetando en todo caso los límites de vinculación al objeto del contrato y proporcionalidad señalados en el artículo 62.2 del TRLCSP, los poderes adjudicadores no se vean limitados —ni como mínimo ni como máximo— por el plazo de los tres últimos ejercicios a los que alude ahora la regulación del mencionado artículo 75 del TRLCSP.

Por su parte, no puede admitirse el alegato de la recurrente de que la suma de las subvenciones que se han recibido en un año no garantizan que se reciban en ejercicios futuros, puesto que la irregular suma de las subvenciones recibidas en el pasado a las ventas reales no pueden garantizar una adecuada financiación de los trabajos derivados de la adjudicación, y ello por cuanto dicho alegato carece de todo fundamento pues, como pone de manifiesto el órgano de contratación, nadie



garantiza que las ventas o los servicios prestados en un año vayan a reproducirse en ejercicios futuros.

En cuanto a la afirmación que hace la recurrente de que admitir las subvenciones como cifra de negocio lo único que asegura es la discriminación de trato y la desigualdad entre candidatos, pues no serían ingresos generados por la propia actividad empresarial sino que dependen de la voluntad política de la Administración otorgante, ha de estarse con el órgano de contratación en que ello solo daría acceso en determinadas licitaciones públicas a entidades de naturaleza estrictamente mercantil, cercenando la posibilidad de acceso a ellas a las entidades como las fundaciones en las que su actuación en todo o en una parte muy importante depende de su actividad propia y no de la mercantil. No puede, por tanto, admitirse esta alegación.

Por último, en cuanto a la Resolución 576/2014, de 24 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que la recurrente alega y en la que fundamenta su recurso, es necesario poner de manifiesto que en ella se analiza un supuesto distinto al presente, en que la solvencia económica y financiera exigida por el órgano de contratación es una determinada “*facturación media bruta anual en los últimos tres años*”, por lo que el volumen de negocios ha de estar referido necesariamente a la suma de lo facturado, en donde no tendrían cabida lógicamente aquellas subvenciones no vinculadas al precio, supuesto que en nada se asemeja al presente en el que la cuestión debatida es si la cifra de negocio que debe considerarse para evaluar la solvencia económica y financiera de cualquier licitador, independientemente de su forma jurídica, es solo el importe de venta de sus productos y la prestación de sus servicios correspondientes a las actividades ordinarias de la sociedad, entidad y organismo de que se trate, sin que proceda imputar los ingresos por subvenciones concedidas por la Administración Pública.

En consecuencia, en base a lo anteriormente expuesto, procede desestimar íntegramente el recurso.

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



ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **UTE ARENAL GRUPO CONSULTOR, S.L Y ASISTENCIAS TÉCNICAS CLAVE, S.L** contra la resolución del órgano de contratación, de 13 de julio de 2015, por la que se acuerda la adjudicación del contrato denominado “Servicios de coordinación técnica global de los estudios y trabajos previos de los planes locales para emprender, del análisis de recursos socioeconómicos locales y de la realización de informes y análisis del tejido empresarial y el empresariado local”, respecto del Lote 1 “Coordinación técnica global de los estudios y trabajos previos de los planes locales para emprender y análisis de recursos socioeconómicos locales” (Expte 2015/007), promovido por Andalucía Emprende, Fundación Pública Andaluza, entre instrumental de la Junta de Andalucía, adscrito a la Consejería de Economía y Conocimiento.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal en Resolución de 18 de agosto de 2015.

CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de



conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

