RE 115/2016

Acuerdo 118/2016, de 29 de noviembre de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por D. JESÚS TORRALBA IZUEL, frente al acuerdo de exclusión en el procedimiento de licitación denominado «Prestación del servicio de transporte escolar para la provincia de Huesca, cursos 2016/2017, 2017/2018, 2018/2019 y 2019/2020» (Lotes 7 y 62) promovido por el Servicio Provincial de Huesca del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 5 de julio de 2016 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación relativo al procedimiento denominado «Prestación del servicio de transporte escolar para la provincia de Huesca, cursos 2016/2017, 2017/2018, 2018/2019 y 2019/2020», promovido por el Servicio Provincial de Huesca del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón (en adelante el Servicio Provincial de Educación). El mismo anuncio fue publicado el 4 de julio de 2016 en el Perfil de contratante, el 16 de julio de 2016 en el Boletín Oficial del Estado, y el 19 de julio de 2016 en el Boletín Oficial de Aragón. Se trata de un contrato de servicios tramitado por procedimiento abierto, tramitación urgente, con varios criterios de adjudicación, y un valor estimado de 10 968 836,63 euros, IVA excluido.

SEGUNDO.- El objeto del contrato se distribuye en 63 lotes detallados en el Anexo al Pliego de Prescripciones Técnicas que se identifican con cada una de las rutas a cubrir por el servicio de transporte escolar, justificándose que cada una de ellas constituye una unidad funcional susceptible de utilización o aprovechamiento por separado. Finalizado el plazo de presentación de ofertas el día 29 de julio de 2016, concurren al Lote 7 tres licitadores entre los que se encuentra el recurrente, y al Lote 62 únicamente D. JESÚS TORRALBA IZUEL.

TERCERO.- Por Resolución de 22 de agosto de 2016, la Directora del Servicio Provincial de Educación clasifica las propuestas presentadas por los licitadores para la adjudicación del contrato, requiriendo a los licitadores que han presentado la oferta económicamente más ventajosa para que presenten la documentación que se indica en la cláusula 2.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP). D. JESÚS TORRALBA IZUEL resulta clasificado en primer lugar en el Lote 7 y en el Lote 62. El 31 de agosto de 2016 se dicta Resolución del Servicio Provincial de Educación, por la que se acuerda declarar desiertos diversos lotes, entre ellos el 62, por incumplimiento de la solvencia económica financiera del único licitador presentado. Por otra parte, por Resolución de 15 de septiembre de 2016 de la Directora del Servicio Provincial de Educación, se adjudica el Lote 7 del contrato a D. LUIS ALBERTO IRIGOYEN LAMARCA, al incumplir el recurrente los requisitos de solvencia económico–financiera e incurrir el siguiente licitador clasificado en incompatibilidad con otra ruta en relación al vehículo propuesto.

El 21 de septiembre de 2016 se interpone ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de

contratación por D. JESÚS TORRALBA IZUEL, frente a su exclusión en el procedimiento de licitación «Prestación del servicio de transporte escolar para la provincia de Huesca, cursos 2016/2017, 2017/2018, 2018/2019 y 2019/2020» (Lotes 7 y 62), deduciendo del escrito presentado que se recurren las Resoluciones del órgano de contratación de 31 de agosto de 2016 y 15 de septiembre de 2016 por la que se adjudica a otro licitador el Lote 7 y se declara desierto el Lote 62, respectivamente. El recurso interpuesto es referenciado como RE 93/2016 en el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón. El 18 de octubre de 2016 se dicta el Acuerdo 99/2016 del Tribunal por el que se estima el recurso interpuesto, ordenando anular la adjudicación del Lote 7 a favor de D. LUIS ALBERTO IRIGOYEN LAMARCA, retrotraer las actuaciones al momento anterior al acto de exclusión de D. JESUS TORRALBA IZUEL por no justificación de la solvencia exigida, y disponer la admisión de D. JESUS TORRALBA IZUEL al procedimiento de licitación (Lotes 7 y 62).

En cumplimiento del Acuerdo 99/2016, el 19 de octubre de 2016 se reúne la Mesa de contratación y acuerda excluir nuevamente del procedimiento de licitación de referencia (Lotes 7 y 62) a D. JESUS TORRALBA IZUEL, por cuanto se considera no acreditada la solvencia económica y financiera exigida para este contrato. El acuerdo de la Mesa de contratación se notifica al interesado el 11 de noviembre de 2016.

CUARTO.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece en su Anexo II que la solvencia económica y financiera se acreditará mediante aportación de declaración sobre el volumen anual de negocios del licitador referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos, estableciendo como criterio de selección

que el volumen anual de negocios sea de importe igual o superior al presupuesto de licitación del lote/lotes al/los que concurre. Continúa el Pliego determinando los medios para acreditar esta solvencia que, en el caso de las personas físicas, se exigirá que acredite *«rendimientos netos positivos (ingresos menos gastos deducibles) correspondientes al último ejercicio finalizado acreditado en la última declaración del IRPF (D-100) y/o Modelo 130 (Empresarios y profesionales en Estimación Directa. Pago fraccionado) Modelo 131 (Empresarios y profesionales en Estimación Objetiva. Pago fraccionado). En este caso, se entenderá por volumen de negocio, en el caso de empresarios que tributen en régimen de estimación directa: el importe que figure en las declaraciones anteriores correspondientes a sus ingresos íntegros derivados de las ventas y de la prestación de servicios, que constituyen el objeto propio de la actividad así como, el autoconsumo y las subvenciones, entre otros. En el caso de que tributen en el régimen de Estimación Objetiva: el importe del rendimiento neto de la actividad multiplicado por dos».*

QUINTO.- El 16 de noviembre de 2016 se interpone, ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación por D. JESÚS TORRALBA IZUEL, frente al acuerdo de la Mesa de contratación de 19 de octubre de 2016 por el que se le excluye del procedimiento denominado «Prestación del servicio de transporte escolar para la provincia de Huesca, cursos 2016/2017, 2017/2018, 2018/2019 y 2019/2020» (Lote 7 y 62).

El recurso alega, en síntesis, que la cifra que se debe tomar como referencia para la justificación de la solvencia económica requerida en este caso, es el rendimiento neto previo (el equivalente a los ingresos

íntegros sin descontar amortizaciones ni aplicar índices correctores). La Mesa de contratación ha elegido la cifra del rendimiento neto reducido para determinar la cifra de volumen anual de negocios, lo que se considera desproporcionado y sin correspondencia con su volumen anual de negocios. Se aportan por el recurrente las cifras que se debieron considerar y se argumenta que, tanto si se toma como referencia para el volumen anual de negocios el importe del rendimiento neto (previo) multiplicado por dos, como el total de volumen de operaciones, queda acreditada la solvencia económico – financiera. Asimismo, se pone de manifiesto que con fecha de 27 de octubre de 2016 se recibe la comunicación de la Subdirección General de Clasificación de contratistas del Estado en la que se comunica la inscripción de su empresa en el Grupo R1-1 con capacidad para contratar hasta 150 000 euros, lo que demuestra y avala la existencia de solvencia financiera.

Por lo alegado, solicita que se dicte resolución en la que resuelva que le sean adjudicados los Lotes 7 y 62 del contrato referido, tomando como referencia las cantidades expresadas en el escrito de recurso y no las determinadas por la Mesa de contratación.

SEXTO.- El 21 de noviembre de 2016 tiene entrada en el correo electrónico del Tribunal el expediente de contratación completo (salvo la parte ya remitida con ocasión de la interposición del recurso RE 093/2016), así como el informe previsto en el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), remitiéndose posteriormente en papel.

Con esa misma fecha, se remite el recurso interpuesto al resto de licitadores que concurren a los Lotes 7 y 62 a los efectos de que presenten las alegaciones que consideren oportunas, conforme se establece en el artículo 46.3 del TRLCSP.

El 28 de noviembre de 2016 se presentan, en el registro del Tribunal, alegaciones por D. LUIS ALBERTO IRIGOYEN LAMARCA, en las que se solicita la desestimación del recurso. Se motiva la alegación presentada en la Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas por la que se desarrolla el régimen de estimación objetiva, en la que se determina que el rendimiento neto de la actividad es el resultado de minorar el rendimiento neto previo con los incentivos al empleo y a la inversión (amortizaciones). Justifica el alegante que la amortización es una cuenta de gasto que, una vez deducida, da lugar al rendimiento neto minorado sobre el que se aplican una serie de índices correctores en función del tipo de actividad y determinadas circunstancias, dando como resultado final el rendimiento neto de módulos, cantidad a la que se restará la reducción general del rendimiento neto y los gastos extraordinarios por circunstancias excepcionales y se adicionará otras percepciones empresariales (subvenciones) dando como resultado el rendimiento neto de la actividad.

Se afirma además en el escrito de alegaciones que los pliegos son claros en cuanto a la exigencia de acreditar la solvencia económica mediante el dato de «*rendimiento neto de la actividad multiplicado por dos*» y que la presentación de la proposición por el empresario, al no haber recurrido los Pliegos, supone su aceptación incondicionada. Por último, alega que la acreditación de la solvencia mediante la

clasificación empresarial debiera hacer sido aportada en el plazo otorgado y no con posterioridad.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de D. JESÚS TORRALBA IZUEL para interponer recurso especial en su propio nombre, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17. 2. a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón).

El recurso se ha interpuesto, además, en plazo y forma.

SEGUNDO.- La cuestión objeto de recurso se concreta en analizar si resulta procedente o desproporcionada la exclusión del licitador, para lo que procede determinar si la interpretación que la Mesa de contratación realizó del alcance del requisito de solvencia económica exigido en el PCAP, fue la adecuada.

La resolución del recurso requiere, en consecuencia, examinar si la actuación de la Mesa de contratación se ajustó al régimen jurídico de la contratación del sector público (TRLCSP y normativa de desarrollo), y, en especial, al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que —junto con el Pliego de Prescripciones Técnicas—, constituyen la ley de contrato, como viene afirmando, reiteradamente, nuestra jurisprudencia (por todos, nuestro Acuerdo 115/2016).

El pliego indica, en relación a la exigencia de solvencia para las personas físicas lo siguiente:

«*Para las personas físicas se exigirá que acredite rendimientos netos positivos (ingresos menos gastos deducibles}, correspondientes al último ejercicio finalizado acreditado en la última declaración del IRPF (0-100) y/o Modelo 130 (Empresarios y profesionales en Estimación Directa. Pago fraccionado) Modelo 131 (Empresarios y profesionales en Estimación Objetiva. Pago fraccionado).*

En este caso, se entenderá por volumen de negocio, en el caso de empresarios que tributen en régimen de estimación directa: el importe que figure en las declaraciones anteriores correspondientes a sus ingresos íntegros derivados de las ventas y de la prestación de servicios, que constituyen el objeto propio de la actividad así como, el autoconsumo y las subvenciones, entre otros. En el caso de que tributen en el régimen de Estimación Objetiva: el importe del rendimiento neto de la actividad multiplicado por dos».

TERCERO.- Como establece nuestro Acuerdo 99/2016 (y se recordaba en nuestro Acuerdo 102/2016, en relación a este mismo asunto), la finalidad de la solvencia en sus distintas vertientes es garantizar que el posible adjudicatario pueda ejecutar correctamente el contrato. En todo caso, y de conformidad al principio de igualdad de trato, la exigencia de las ratios de solvencia tiene que responder al principio de proporcionalidad y evitar distorsionar indebidamente la competencia. Asimismo, como ya se dijo en nuestro Acuerdo 21/2012, relativo a la

exigencia de solvencia económica, deben tenerse en consideración los principios y criterios que informan ambas normativas, el «antiformalismo» y el principio «*pro actione*» que ha consagrado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el procedimiento administrativo, y el principio de concurrencia que inspira la contratación pública, y que se plasma con carácter general en el artículo 1 TRLCSP que exige que se garantice el libre acceso a las licitaciones y la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.

En este contexto, debe tenerse en cuenta lo que dice el artículo 58.3 de la Directiva 2014/24/UE, de contratos públicos, dado que, vencido el 18 de abril de 2016 el plazo de transposición, se trata de un precepto que tiene efecto directo, por ser un precepto claro, preciso e incondicionado, y así se ha advertido en el Documento de trabajo de los Tribunales administrativos de recursos contractuales de 1 de marzo de 2016. Este precepto indica, sobre la solvencia económica, que el volumen de negocios mínimo anual exigido a los operadores económicos no excederá del doble del valor estimado del contrato y que cuando un contrato se divida en lotes, esta previsión se aplicará en relación con cada uno de los lotes. No obstante, el poder adjudicador podrá establecer el volumen de negocios mínimo anual exigido a los operadores económicos por referencia a grupos de lotes en caso de que al adjudicatario se le adjudiquen varios lotes que deban ejecutarse al mismo tiempo.

La finalidad de esta regla es permitir el mayor acceso de PYMES a la licitación, graduando la exigencia de solvencia económica al concreto contrato (lotes) que cada una de ellas pretenda ejecutar si fueran adjudicatarios. Filosofía que también se encuentra en la reforma que

sobre la solvencia se realiza por el 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.

Así, el artículo 11.4 de esta última norma establece que el criterio para la acreditación de la solvencia económica y financiera será el volumen anual de negocios del licitador o candidato, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato cuando su duración no sea superior a un año, y al menos una vez y media el valor anual medio del contrato si su duración es superior a un año.

En definitiva, la valoración de la solvencia y su exigencia debe diseñarse desde la perspectiva de la lógica de la proporcionalidad para favorecer un número adecuado de licitadores que faciliten la necesaria tensión competitiva. El TJUE, en sus sentencias de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki AE contra Ethniko Symvoulio Radiotileorasis* y de 19 de mayo de 2009, *Assitur contra Camera di Comercio; Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano* advierte del principio de proporcionalidad en la adopción de medidas de exclusión, señalando que en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, constituye un principio general del Derecho comunitario el principio de proporcionalidad y que las medidas que se adopten para garantizar la observancia de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de trasparencia, no deben exceder de lo necesario para alcanzar el objetivo.

Dicho esto, el criterio de «*rendimiento neto de la actividad*», criterio determinante de la admisión, no fue recurrido cuando se publicaron los

pliegos de la licitación y por tanto es un criterio consentido y firme, que no puede ser revisado en este recurso, por lo que los pliegos son Ley del contrato (por todos, Acuerdo 115/2016). Así, tanto la Administración contratante como el contratista, que consintió, se encuentran obligados al cumplimiento de las previsiones de dicho pliego, que son el parámetro para resolver este recurso.

CUARTO.- En relación al motivo del recurso, este Tribunal administrativo (Acuerdo 3/2011, de 7 de abril), tiene sentado y establecido que, de acuerdo con el artículo 3 del Código Civil, «*las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*».

El PCAP, en su Anexo II, describe como se determina el volumen anual de negocios exigible como solvencia económica para este contrato; en el supuesto de tributación en el régimen de estimación objetiva «*el importe del rendimiento neto de la actividad multiplicado por dos*». Y la acreditación de los rendimientos netos positivos se debe realizar mediante la última declaración del IRPF (D-100) y/o, en este caso, Modelo 131(empresarios y profesionales en Estimación Objetiva. Pago fraccionado).

La argumentación del recurrente pretende que la Mesa de contratación tenga en cuenta para acreditar la solvencia económica y financiera su «*rendimiento neto previo*» — con el que cumplirían el requisito de solvencia económica y financiera —, en vez del «*rendimiento neto de la actividad*» que es el establecido en el PCAP.

La Mesa de contratación ha actuado de manera correcta, aplicando el criterio exigido en los pliegos; criterio desarrollado en los artículos 19 y 20 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en la Orden del régimen de estimación objetiva.

Con arreglo a esta normativa, el punto de partida para el cálculo del rendimiento neto en actividades distintas de las agrícolas, ganaderas y forestales es el «rendimiento neto previo». Sin embargo, este rendimiento puede ser objeto de minoración por incentivos al empleo e incentivos a la inversión (amortizaciones) con lo que se obtiene el «*rendimiento neto minorado*». Si a ese «*rendimiento neto minorado*» se le aplican los índices correctores en función del tipo de actividad y determinadas circunstancias se obtiene el «*rendimiento neto de módulos*». Posteriormente, al «*rendimiento neto de módulos*» se le aplica una reducción general del rendimiento neto del 5% y si los hubiera, los gastos extraordinarios por circunstancias excepcionales como incendios, hundimientos, inundaciones…), así como otras posibles percepciones empresariales como subvenciones. Es así como se obtiene al «rendimiento neto de la actividad», que en este caso coincide con el «rendimiento neto reducido» de la actividad porque no hay ninguna reducción por rentas irregulares.

Al multiplicar el «*rendimiento neto de la actividad*» por dos, tal y como establece el PCAP, se comprueba que la recurrente no cumple con el requisito de solvencia económica exigido en el pliego.

En consecuencia, se debe por tanto desestimar el recurso interpuesto.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes

de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial interpuesto por D. JESÚS TORRALBA IZUEL, frente al acuerdo de exclusión en el procedimiento de licitación denominado «Prestación del servicio de transporte escolar para la provincia de Huesca, cursos 2016/2017, 2017/2018, 2018/2019 y 2019/2020» (Lotes 7 y 62), promovido por el Servicio Provincial de Huesca del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón, y declarar la legalidad de la actuación recurrida.

SEGUNDO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.