Recurso 523/2022
Resolución 56/2023
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 27 de enero de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **A.B.N.M.** contra el acuerdo, de 30 de noviembre de 2022, de la mesa de contratación en el que se contiene la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación denominado «Necesidades formativas I: Impartición de acciones formativas de formación profesional para el empleo dirigidas preferentemente a personas desempleadas en la provincia de Granada, modalidad presencial» (Expediente CONTR 2021 0000785740), respecto del lote 6, convocado por la actual Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 23 de diciembre de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, dicho día, los pliegos de la contratación fueron puestos a disposición de las personas interesadas a través del citado perfil. El valor estimado del contrato asciende 2.807.022,00 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por 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, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

La mesa de contratación respecto del lote 6 mediante acuerdo, de 30 de noviembre de 2022, acuerda entre otras consideraciones excluir la oferta de la entidad ahora recurrente, y proponer adjudicar dicho lote a la entidad FORACCI S.C.A..

SEGUNDO. El 20 de diciembre de 2022, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por A.B.N.M. (en adelante la recurrente), contra el citado acuerdo de 30 de noviembre de 2022 de la mesa de contratación en la que se contenía la exclusión de su oferta, respecto del lote 6.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, el mismo 20 de diciembre de 2022, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado previa reiteración se recibe finalmente el 30 de diciembre de 2022, salvo el listado de entidades licitadoras que es recibido previa petición el 12 de enero de 2023.

Mediante Resolución M.C. 8/2023, de 13 de enero, este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, respecto del lote 6, solicitada por la recurrente.

El 17 de enero de 2023, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto del lote 6, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de la oferta en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

En cuanto al acto recurrible el órgano de contratación en su informe al recurso afirma expresamente que *«el recurso es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 de la LCSP, no obstante hubiese sido más correcto desde el punto de vista del principio de seguridad jurídica haber impugnado la futura resolución de exclusión y/o resolución de adjudicación.»*. Al respecto, este Tribunal ha de indicar una serie de consideraciones.

En primer lugar, el artículo 141.2 de la LCSP dispone que en los casos en que se establezca la intervención de mesa de contratación, circunstancia que concurre en el supuesto que se examina, esta calificará la declaración responsable y la documentación a la que se refiere el artículo anterior, esto es, la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, entre las que se encuentra sin lugar a dudas la acreditación de la solvencia económica y financiera. Asimismo, al hilo de lo anterior, el artículo 22.1 del Real Decreto 817/2009 dispone en lo que aquí interesa, que sin perjuicio de las restantes funciones que le atribuya la LCSP y sus disposiciones complementarias, la mesa de contratación desempeñará las siguientes funciones en los procedimientos abiertos de licitación (como el que nos ocupa):

«a) Calificará las documentaciones de carácter general acreditativas de la personalidad jurídica, capacidad de obrar, apoderamiento y solvencia económica financiera, técnica y profesional de los licitadores y demás requisitos a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, así como la garantía provisional en los casos en que se haya exigido, comunicando a los interesados los defectos y omisiones subsanables que aprecie en la documentación. A tal fin se reunirá con la antelación suficiente, previa citación de todos sus miembros.

b) Determinará los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.».

Queda pues de forma meridiana que en el procedimiento abierto la mesa de contratación es la competente para excluir aquellas entidades licitadoras que no acrediten alguno de los requisitos previos para poder licitar, y en concreto el de la solvencia económica y financiera exigida.

Pero es más, en la Administración de la Junta de Andalucía a la que pertenece la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo es de aplicación el Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados, que en su artículo 7.1 viene a reproducir entre otros los expresados apartados a y b del citado artículo 22.1 del Real Decreto 817/2009.

En segundo lugar, a pesar de la claridad en que se expresan las normas anteriores, la mesa de contratación no excluye la oferta de la ahora recurrente por no acreditar la solvencia económica y financiera, a pesar de ser la competente para ello, sino que propone su exclusión al órgano de contratación, su tenor no deja lugar a dudas: «*La mesa de contratación propone órgano de contratación la EXCLUSIÓN de dicha licitadora de acuerdo con el punto 10.7 del PCAP y los artículos 150 LCSP y 7 del Decreto 39/2011, de 22 de febrero.*».

Y en tercer lugar, a continuación en el párrafo siguiente según consta en acta al efecto, sin esperar a que el órgano de contratación proceda a la exclusión de dicha oferta que era la primera clasificada, la mesa de contratación afirma que «*En consecuencia la mesa de contratación propone adjudicar el lote 6 de acuerdo con la siguiente clasificación a la siguiente licitadora y requerirla para que APORTE la documentación previa a la adjudicación de conformidad con el artículo 150 LCSP*», excluyendo de facto a la ahora recurrente al proponer como adjudicataria a la entidad clasificada en segundo lugar.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, el acuerdo de exclusión de la oferta fue adoptado por la mesa de contratación el 30 de noviembre de 2022, por lo que aun computando desde dicha fecha el recurso presentado el 20 de diciembre de 2022 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1.c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. De las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación que culminan con la exclusión de la oferta de la recurrente.

En lo que aquí concierne, la recurrente, cuya oferta era la económicamente más ventajosa en el lote 6, fue requerida para que, en un plazo de diez días hábiles, a contar desde el envío del requerimiento, presente ante el órgano de contratación, la documentación contenida en la cláusula 10.7.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

Una vez aportada la citada documentación, la mesa de contratación en sesión celebrada el 30 de septiembre de 2022 acuerda requerir a la ahora recurrente para que subsane en lo que aquí concierne la siguiente documentación: *«1. Debe acreditar la solvencia económica-financiera de conformidad con lo dispuesto en el anexo XIV del PCAP. Dependiendo de si la persona física es considerada empresaria o no, si es empresaria con el volumen anual de negocios o con el patrimonio neto con los requisitos establecidos en el citado anexo y si no es empresaria con un seguro en los términos indicados en el anexo.»*.

Dicho segundo requerimiento es contestado por la ahora recurrente afirmando que *«Respecto a la solvencia económica financiera de conformidad con lo dispuesto en el anexo XIV del PCAP, la compareciente es una empresaria autónoma dada de alta en el epígrafe del Impuesto de Actividades económicas 933 (entre otros) relativo a actividades de Enseñanza, enmarcándose su situación tributaria o el método de determinación del rendimiento de la actividad económica dentro del sistema de Estimación directa simplificada (Se adjunta certificado de la AEAT donde consta este sistema de estimación).*

Este sistema de estimación directa conlleva en cuanto las obligaciones formales según el artículo 68.4 del Real Decreto 439/2007 de 30 de Marzo por el que se aprueba el reglamento del Impuesto de la Renta de Personas Físicas, la no llevanza de los libros conforme al Código de Comercio, sino solamente un libro de Ventas o Ingresos, otro de gastos o compras y un libro de Bienes de Inversión, los cuales no deben ser inscritos ni legalizados en el Registro Mercantil ni en ningún otro organismo público o privado.

El anexo XIV del PCAP no establece unos parámetros completos en cuanto a la documentación a presentar para justificar la solvencia económica, pues cuando habla de Libros de Inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil, se está refiriendo a empresarios persona jurídica o empresario individual enmarcado en el Régimen de estimación directa, excluyendo este Anexo a los demás tipos de empresarios individuales que tienen derecho a licitar.

Por tal motivo se aportaron los modelos fiscales de los años 2018-2019-2020 en los cuales aparecen resumidos los ingresos y facturación a fin de acreditar dicha solvencia.

En resumen, los empresarios autónomos que se encuentran incluidos en el régimen de estimación directa simplificada, no pueden justificar sus ingresos o facturación mediante libros oficiales supervisados por el Registro Mercantil o cualquier otro organismo oficial, es decir, no existe un único modo de justificarlo, sino que en base a lo que se requiera de manera concisa, pueden hacerlo a través del modelo 100 el IRPF (aportados en la documentación previa a la adjudicación de los años 2018-2019-2020), o modelo 347 de operaciones de más de 3.000 euros, o presentado un documento de ingresos de años anteriores emitido por una empresa que justifique su facturación, (como más adelante se acompaña) o cualquier otro que la mesa de contratación considere a fin de comprobar el volumen de negocios de esta entidad conforme al párrafo tercero del artículo 86.1 de la LCSP.».

Acto seguido, la mesa de contratación en sesión celebrada el 3 de noviembre de 2022 acuerda *«requerir aclaraciones a la documentación de subsanación presentada por las distintas licitadoras propuestas adjudicatarias en dichos lotes, por plazo de 3 días naturales de conformidad con el artículo 141.2de la LCSP, en su aplicación analógica en el siguiente sentido:*
LOTE 6. (…). Complementar la documentación aportada por su solvencia económica-financiera.».

A tal efecto, el órgano de contratación le efectúa un tercer requerimiento en los siguientes términos: *«1-. Debe acreditar la solvencia económica-financiera de conformidad con lo dispuesto en el anexo XIV del PCAP, en el cual se*

estipula que "Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil", en su defecto, deberá aportar el libro de ventas o ingresos, el libro de gastos o compras y el libro de bienes de inversión.».

Por su parte la ahora recurrente en lo que aquí interesa señala en contestación al tercer requerimiento que *«(…) por medio del presente Adjunto acompaño:*
• Libro de Ventas o ingresos 2018
• Libro de gastos o compras 2018
• Libro de ventas o ingresos 2019
• Libro de gastos o compras 2019
Respecto al año 2020 no existen libros de compras/ventas por cuanto no tuvo actividad este centro de formación.
No existen libros de bienes de inversión en ningún año al no adquirirse ningún bien que debiera figurar en el mismo.
Todo lo cual acompaño a los efectos oportunos.».

Posteriormente, la mesa de contratación en sesión de 30 de noviembre de 2022 acuerda respecto al objeto de la controversia que la ahora recurrente *«No subsana correctamente la acreditación de la solvencia económico-financiera. La documentación aportada en calidad de empresaria individual no está legalizada en el Registro Mercantil de conformidad con lo dispuesto en el Anexo XIV del PCAP. La mesa de contratación propone órgano de contratación la EXCLUSIÓN de dicha licitadora de acuerdo con el punto 10.7 del PCAP y los artículos 150 LCSP y 7 del Decreto 39/2011, de 22 de febrero.*
(...)
En consecuencia la mesa de contratación propone adjudicar el lote 6 de acuerdo con la siguiente clasificación a la siguiente licitadora y requerirla para que APORTE la documentación previa a la adjudicación de conformidad con el artículo 150 LCSP:
LOTE 6. (...)».

El acta de la citada sesión de 30 de noviembre de 2022 de la mesa de contratación es publicada en el perfil de contratante el 2 de diciembre de 2022.

SEXTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra el acuerdo de 30 de noviembre de 2022 de la mesa de contratación, en la que se contiene la exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación del contrato citado en el encabezamiento, respecto del lote 6, solicitando a este Tribunal que se *«anule la exclusión propuesta por la Mesa de Contratación y se acuerde retrotraer el procedimiento al momento anterior a esta dándose por válida la Acreditación documental del volumen anual de negocios, a la vista de toda la documentación presentada que consta en el expediente y que fue requerida, a fin de que cumpliéndose todos los requisitos se proponga por esa Mesa de Contratación la adjudicación definitiva a la compareciente del lote 6.»*.

Al respecto, la recurrente indica que el órgano de contratación la ha excluido porque en el trámite concedido y en las reiteradas subsanaciones no ha justificado adecuadamente los requisitos de solvencia económica y financiera teniendo en cuenta lo que establecen los pliegos, concretamente el anexo XIV del PCAP, que dice que la solvencia económica y financiera de la persona empresaria se acreditará *«… por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las*

depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.».

Es decir, a su entender el requisito establecido en el PCAP para acreditar la solvencia económica es el volumen anual de negocios y la forma de acreditarla es mediante las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, con lo cual el PCAP no contempla otros documentos que pudieran acreditar dicha solvencia en el caso de que el operador económico por una razón válida, no pudiera presentar las referencias establecidas en el pliego. En este sentido, entiende que el PCAP no ha tenido en cuenta que existen personas empresarias individuales a los que fiscalmente no le es exigible la llevanza de contabilidad ajustada al Código de Comercio y al Plan General de Contabilidad, esto es los sometidos a los regímenes de estimación directa simplificada, régimen al que la compareciente ha demostrado que pertenece según las dos certificaciones aportadas en el primer y segundo requerimiento de subsanación.

Así las cosas, la recurrente tras reproducir los artículos 87.4 y 86.1, párrafo tercero, de la LCSP indica que está claro y demostrado en el expediente administrativo con las certificaciones aportadas de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que existe una razón válida para que la compareciente no esté en condiciones de aportar las referencias solicitadas en el PCAP, al no estar obligada a la llevanza de contabilidad, por lo que difícilmente puede legalizar y/o depositar sus cuentas anuales en el Registro Mercantil. A su entender la posibilidad de presentar documentos alternativos para acreditar la solvencia económica se configura en el LCSP como un auténtico derecho ("se le autorizará"), aunque condicionado a que el poder adjudicador considere apropiados los documentos alternativos aportados, dado que no estamos ante una facultad discrecional, sino que es necesario otorgar la posibilidad de acreditar la solvencia económica mediante otros documentos. Para reforzar su alegato trae a colación y reproduce parte de la Sentencia 1552/2020, de 24 de Junio, recurso 817/2019, de la Sección 5 de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional y las resoluciones 173/2020, 264/2021 y 155/2021, de este Tribunal.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En síntesis, indica el informe del órgano de contratación al recurso que la forma de acreditación del volumen anual de negocios será por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro. En este sentido, la ahora recurrente alega que no tiene esta obligación por ser empresaria individual, razón por la cual se le requieren sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil tal y como prevé el ya referido anexo XIV del PCAP.

Asimismo, sobre la documentación aportada por la ahora recurrente en los distintos requerimientos realizados hace una serie de consideraciones, que constando en el procedimiento de recurso aquí se dan por reproducidas, que han concluido en la no admisión de los mismos para la acreditación de la solvencia económica-financiera.

Afirma el informe al recurso que la referencia recogida en el anexo XIV del PCAP en su punto 1, esto es que *«Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil; los libros de ventas o ingresos, libro de gastos o compras y el libro de bienes de inversión»*, se hace para salvaguardar lo establecido en la LCSP que permite que la acreditación se haga por cualquier otro documento que el poder adjudicatario considera apropiado; sin embargo, la documentación presentada por la ahora recurrente (meras tablas de contabilidad) sigue sin acreditar adecuadamente la solvencia económico-financiera, ya que no viene validada por ningún

Registro Mercantil o de otro carácter oficial, reiterándose en este punto la acreditación defectuosa que se hace del negocio declarado en el año 2019 respecto a las acciones formativas llevadas en el marco del plan estatal del "SEPE". Además, la ahora recurrente declara que no ha tenido actividad económica en el año 2020 y no se pronuncia respecto al año 2021, *«implicando con ello deducir que dicha solvencia puede estar comprometida»*.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

Respecto de la solvencia económica y financiera indica el citado anexo XIV del PCAP en lo que aquí interesa lo siguiente:

«Criterios de selección relativos a la solvencia económica y financiera del empresario (por lote). La solvencia económica y financiera se acreditará por el medio o los medios que se señalan a continuación, ALTERNATIVAMENTE:

1. Volumen anual de negocios de la persona licitadora que referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos ejercicios disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades de la persona licitadora y de presentación de ofertas por importe mínimo de: (…).

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 el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.

2. El patrimonio neto según el balance correspondiente al último ejercicio económico de las cuentas anuales aprobadas deberá superar el 20 por 100 del importe del contrato.
(…).

3. En el caso de profesionales que no tengan la condición de empresarios o empresarias, justificación de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales (...).».

Pues bien, para resolver la controversia, es preciso realizar una serie de consideraciones. En primer lugar, la ahora recurrente de entre las tres opciones que establecía el citado anexo XIV del PCAP optó por acreditar su solvencia económica y financiera por el volumen anual de negocios.

En segundo lugar, en dicho anexo sí se recoge expresamente el medio de acreditación del volumen anual de negocios, cuando se afirma que las personas empresarias 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. Esto es, en el supuesto que se examina en el que la ahora recurrente es una empresaria no inscrita en el Registro Mercantil, ha de acreditar su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por dicho Registro Mercantil.

En este sentido, teniendo en cuenta que los pliegos son la ley del contrato y que en el anexo XIV del PCAP se exigía expresamente para las personas empresarias individuales no inscritas en el Registro Mercantil, que acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por dicho registro, la ahora recurrente debió aportar sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil, lo que no hizo, no pudiendo ahora cuestionar el contenido de los pliegos al no haberlos impugnado en su momento

procedimental oportuno.

En tercer lugar, a pesar de lo expuesto en el párrafo anterior, para el supuesto de la acreditación de la solvencia económica y financiera, que es lo que se discute en el recurso que se examina, el tercer párrafo del artículo 86.1 de la LCSP dispone 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»*.

Dicha norma requiere de la existencia de una razón válida y que la misma hubiese sido puesta de manifiesto por la entidad licitadora al órgano de contratación, pues éste último no tiene la obligación de apreciarla de oficio (v.g., entre otras, las Resoluciones de este Tribunal números 136/2018, de 10 de mayo, 173/2020, de 1 de junio, 155/2021, de 22 de abril, 264/2021, de 1 de julio, 364/2022, de 6 de julio, 411/2022, de 4 de agosto y 484/2022, 30 de septiembre).

En este sentido, en el expediente remitido a este Tribunal, tal y como se ha reproducido en el fundamento quinto, la entidad ahora recurrente puso de manifiesto tal circunstancia a la mesa de contratación, cuando fue requerida para que subsanara (segundo requerimiento) la documentación acreditativa de los requisitos previos. Resta por analizar si la razón esgrimida por la recurrente para que se le aplique el citado párrafo tercero del artículo 86.1 de la LCSP puede considerarse como válida en el sentido descrito en dicha norma. Afirmó al respecto la recurrente en la contestación al segundo requerimiento efectuado por la mesa de contratación, que el artículo 68.4 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el reglamento del Impuesto de la Renta de Personas Físicas, no exige la llevanza de los libros conforme al Código de Comercio, sino solamente un libro de ventas o ingresos, otro de gastos o compras y un libro de bienes de inversión, los cuales no deben ser inscritos ni legalizados en el Registro Mercantil ni en ningún otro organismo público o privado. Asimismo, en su escrito de recurso la recurrente indica que existe una razón válida para que ella no esté en condiciones de aportar las referencias solicitadas en el PCAP al no estar obligada a la llevanza de contabilidad, por lo que difícilmente puede legalizar y/o depositar sus cuentas anuales en el Registro Mercantil.

Procede, pues, analizar si efectivamente la recurrente no está obligada legalmente a presentar las cuentas en el Registro Mercantil y si de ser cierto, si ello es una razón válida para aplicar el mencionado párrafo tercero del artículo 86.1 de la LCSP. Al respecto, el artículo 19.1 del Código de Comercio señala que la inscripción en el Registro Mercantil será potestativa para los empresarios individuales, con excepción del naviero, por lo que la ahora recurrente como persona empresaria individual no está obligada a estar inscrita en el Registro Mercantil.

Por último, entiende este Tribunal que el no estar obligada la recurrente a la inscripción en el Registro Mercantil es una razón válida para que el órgano de contratación haya de aplicarle el párrafo tercero del artículo 86.1 de la LCSP en la acreditación de la solvencia económica y financiera.

En este sentido se ha manifestado este Tribunal, entre otras, en su Resolución 264/2021, de 1 de julio, así como la Sentencia 1552/2020, de 24 de Junio, recurso 817/2019, de la Sección 5 de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, alegada por la recurrente, que en su fundamento segundo en lo que aquí interesa señala que:

«(…) Como dijimos en la sentencia de 1 de marzo de 2019 (recurso 627/2017) es interpretable si la exigencia de «cuentas depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito» (prevista en el artículo 11.4 del RGLCAP), debe ser tan inamovible como para impedir la acreditación mediante documentos que certifiquen que las cuentas anuales están aprobadas y presentada la correspondiente declaración tributaria, en supuestos en los cuales no existe tal registro oficial o no hay obligación legal de presentación de las cuentas en los mismos.

La interpretación inflexible impediría la participación en un procedimiento de licitación pública de aquellos operadores económicos que no tienen obligación de depositar sus cuentas anuales ni en el Registro Mercantil, ni en ningún otro registro público, bien por la forma asociativa que adopten, bien porque la legislación personal de la persona jurídica extranjera no lo exija. Igualmente ocurre en el supuesto de empresarios individuales no obligados legalmente a inscribirse, legalizar libros y presentar y depositar cuentas en el Registro Mercantil, según resulta del artículo 19 del Código de Comercio, y artículos 329 y siguientes, y 365 y siguientes, del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996.

No se trataría de un supuesto de no acreditación de la solvencia económica mediante los documentos previstos en el PCAP, sino, como dice el voto particular de la resolución del TACRC, de que «el PCAP no ha tenido en cuenta que existen empresarios individuales a los que fiscalmente no le es exigible la llevanza de contabilidad ajustada al Código de comercio y al Plan General de Contabilidad. Concretamente los sometidos a los regímenes de estimación objetiva y estimación directa simplificada. Régimen éste último, al que declara estar sometida la empresa recurrente.».

El artículo 60.3 de la Directiva 2014/24/UE señala: «Por regla general, la solvencia económica y financiera del operador económico podrá acreditarse mediante una o varias de las referencias que figuran en el anexo XII, parte I.

Cuando, por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el poder adjudicador, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado.». Es te criterio ha sido transpuesto al artículo 86.1, inciso tercero, de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, antes referido.

Por tanto, cuando el recurrente, propuesto como adjudicatario de los lotes 1, 2, 3, 5, 6, 7, 10 y 13 contestó al requerimiento de documentación alegando que se encontraba dado de alta en el IAE en estimación directa simplificada, por lo que no tiene obligación de presentar cuentas anuales, y aportó declaraciones del IRPF y del IVA, la Mesa de Contratación debió comprobar si el supuesto se encontraba en las excepciones previstas en dicho artículo 86 de la LCSP, y si la documentación presentada para acreditar la solvencia se encuentra entre los medios referidos en el anexo XII, parte I la Directiva 2014/24 CE.
(...)».

En definitiva, una vez efectuado el segundo requerimiento de documentación, y tras la aportación por la ahora recurrente de determinada información en la que ponía de manifiesto y justificaba que le era de aplicación el párrafo tercero del artículo 86.1 de la LCSP, la mesa de contratación debió o bien tener en cuenta la documentación que aportó para acreditar su solvencia económica y financiera, o bien requerirle para que aportarse otra que dicha mesa hubiese considerado apropiada, siempre que la misma forme parte de la que la ahora recurrente esté obligada legalmente a poseer.

En este sentido, el informe al recurso afirma que la mesa de contratación realiza el requerimiento expreso ateniéndose a lo recogido en el anexo XIV del PCAP, en su punto 1 que reproduce, para acto seguido señalar expresamente que *«Esta referencia se hace para salvaguardar lo establecido en la LCSP que permite que la acreditación se haga por cualquier otro documento que el poder adjudicatario considera apropiado»*.

Sin embargo, la mesa de contratación tras aportar la ahora recurrente la documentación solicitada la excluye porque «*La documentación aportada en calidad de empresaria individual no está legalizada en el Registro Mercantil de conformidad con lo dispuesto en el Anexo XIV del PCAP*», sin tener en cuenta como se ha expuesto a lo

largo de la presente resolución que se trataba de una persona empresaria individual no obligada a inscribirse en el Registro Mercantil.

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas procede estimar en los términos reproducidos el recurso interpuesto.

OCTAVO. Sobre los efectos de la estimación del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución, debe llevarse a cabo anulando la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente del procedimiento de licitación respecto del lote 6 contenida en el acuerdo, de 30 de noviembre de 2022, de la mesa de contratación, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado, para que se proceda por la mesa o el órgano de contratación a requerir, de considerarlo necesario, a la ahora recurrente para que aportase otra documentación que dichos órganos consideren apropiada, siempre que la misma forme parte de la que la ahora recurrente esté obligada legalmente a poseer, en los términos recogidos en el citado fundamento de derecho, con continuación del procedimiento de licitación en su caso.

En este sentido, dadas las funciones exclusivamente revisoras de los actos emanados de los poderes adjudicadores que competen a este Tribunal, no le es posible declarar respecto del lote 6 la admisión de la oferta de la ahora recurrente, ni su posterior adjudicación, siendo esta una función que únicamente compete a la mesa y al órgano de contratación, respectivamente, de tal suerte que en el supuesto examinado una vez que la mesa o el órgano de contratación, en cumplimiento de la presente resolución y previo requerimiento al efecto, si lo estima necesario, haya examinado la eventual información y documentación aportada la ahora recurrente a los efectos de acreditar su solvencia económica y financiera, podrá efectuar una apreciación conjunta de todos los elementos concurrentes, teniendo en cuenta además lo expuesto en la presente resolución, y decidir la mesa de contratación de forma motivada, la aceptación o rechazo de la oferta de la ahora recurrente (v.g. entre otras Resoluciones 171/2021, de 6 de mayo y 449/2022, de 15 de septiembre, de este Tribunal).

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **A.B.N.M.** contra el acuerdo, de 30 de noviembre de 2022, de la mesa de contratación en el que se contiene la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación denominado «Necesidades formativas I: Impartición de acciones formativas de formación profesional para el empleo dirigidas preferentemente a personas desempleadas en la provincia de Granada, modalidad presencial» (Expediente CONTR 2021 0000785740), respecto del lote 6, convocado por la actual Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo y, en consecuencia anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se procede en los términos expuestos en los fundamentos de derecho séptimo y octavo de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal, respecto del lote 6, mediante Resolución M.C. 8/2023, de 13 de enero.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.