

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 16 de marzo de 2023

VISTA la reclamación interpuesta por la representación legal de Auren Auditores S.P., S.L.P., contra el Acuerdo del Consejo de Administración de la Sociedad Canal de Isabel II, S.A., de fecha 26 de enero de 2023, por el que se adjudica el contrato de “Servicios de auditoria externa de las cuantas anuales de Canal de Isabel II, S.A, y sociedades dependientes, fundación Canal de Isabel II y ente público Canal de Isabel II para los ejercicios 2023, 2024 y 2025”, número de expediente 135/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el día 31 de agosto de 2022, en el DOUE y el día 29 de agosto de 2022, en el perfil de contratante de Canal de Isabel II, se convocó licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterio de valoración y sin división en lotes.

El valor estimado del contrato es de 4.052.100 euros y el plazo de duración de 3 años con posibilidad de prórroga por otros dos años más.

A la presente licitación se presentaron 2 licitadores, uno de ellos retiró la oferta por error en la licitación. El recurrente no ha presentado oferta.

Segundo.- Interesa a los efectos de resolver la presente reclamación indicar que el Instituto de Censores Jurados de Cuentas, asociación profesional legitimada para interponer reclamación especial en materia de contratación ante este Tribunal, remitió al órgano de contratación, escrito en el que ponía de manifiesto y acompañaba el informe emitido a instancias de don J.Q.N, en nombre propio, por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 15 de noviembre (referencia UM/08/122), en el que se considera desproporcionada la solvencia técnica requerida en relación con los requisitos de las empresas auditadas por los licitadores.

Sin haber recibido reclamación especial en materia de contratación, se desarrolla el procedimiento de adjudicación con el único licitador que ha presentado oferta, el cual es considerado adjudicatario mediante acuerdo del Consejo de Administración de Canal de Isabel II, S.A., de 26 de enero de 2023, notificándose dicho acto el 6 de febrero de 2023.

Tercero.- El 24 de febrero de 2023, la representación legal Auren Auditores S.P., S.L.P. (en adelante Auren), presentó ante este Tribunal reclamación en materia de contratación contra los pliegos de condiciones que han regido la adjudicación del contrato que nos ocupa.

Con fecha 14 de marzo de 2023 presenta escrito con el fin de eliminar parte del contenido de su recurso, en concreto ciertas referencias a la adjudicataria, Ernst & Young, S.A., que tuvo conocimiento del recurso con fecha 2 de marzo, presentando escrito de alegaciones el 8 de marzo de 2023, por lo que lo manifestado inicialmente y que ahora quiere tenerse por no puesto es conocido tanto por la adjudicataria como por el órgano de contratación.

El 2 de marzo de 2023, el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y su informe tal como dispone el artículo 56.2 de 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).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación, se encuentra suspendida por haberse impugnado el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, sin que los lotes restantes se vea afectado por la suspensión en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), y sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el Órgano de contratación en su informe no ha solicitado el levantamiento de la medida cautelar de suspensión.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario el día 2 de marzo, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. En plazo, Ernest & Young ha presentado escrito de alegaciones de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento quinto de derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, tiene carácter privado y se encuentra sujeta al Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante RDLSE). En consecuencia la tramitación de la Reclamación le será de aplicación lo dispuesto en los artículos 119

y siguientes del mencionado Real Decreto, por haberse iniciado la licitación con posterioridad a la entrada en vigor del mismo.

El artículo 121.1 del RDLSE establece, en cuanto al régimen jurídico de la reclamación, que le serán de aplicación a las reclamaciones que se interpongan ante los órganos mencionados en el artículo anterior contra alguno de los actos a que se refiere el artículo 119, las disposiciones de la LCSP que regulan el recurso especial en materia de contratación, incluido el artículo 49 relativo a la adopción de medidas cautelares, con determinadas especialidades.

Por tanto, la competencia para el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación, así como las reclamaciones contra los actos de dicha empresa en el ámbito de la contratación pública la ostenta el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, según el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de racionalización del sector público.

Segundo.- La reclamación se interpuso contra los pliegos de condiciones en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 428.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 1 y 119 del RDLSE.

Tercero.- En cuanto a la legitimación para recurrir, dispone el artículo 48 de la LCSP que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

La legitimación del recurrente ha sido cuestionada por el órgano de contratación al no haber presentado reclamación especial en materia de contratación contra los pliegos de condiciones en el plazo correspondiente que termino según se establece en el artículo 121.1 del RDLSE el 27 de septiembre de 2022, coincidiendo con el plazo de presentación de ofertas.

Auren no ha presentado ni reclamación contra los pliegos de condiciones ni oferta al procedimiento, por lo que procede analizarse especialmente la concurrencia o no de legitimación activa de Auren como interesada.

El mismo fundamento esgrime la adjudicataria para considerar como extemporáneo este recurso, al no contener los requisitos precisos para interponer una impugnación indirecta de los pliegos de condiciones.

El análisis de la legitimación para interponer recurso debe basarse en la relación entre el sujeto recurrente y la pretensión en que funda su impugnación, de forma tal que la anulación del acto impugnado produzca un beneficio, o su confirmación un perjuicio cierto y no hipotético para el legitimado. Así se recoge en la STC 67/2010, de 18 de octubre *“Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC2004, 45], F 4)”*.

En el caso que nos ocupa, el recurso ha sido interpuesto por entender el recurrente que las condiciones de solvencia técnica previstas por el apartado 5.1B) y 5.3 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), el compromiso de adscripción de medios personales, restringen la competencia impidiendo el acceso en igualdad de condiciones a todos los licitadores.

Se ha de destacar en primer lugar que el recurrente no ha impugnado los pliegos de condiciones en su momento y ahora al comprobar que no puede acreditar dicha solvencia, pretende su consideración como desproporcionada.

La solvencia requerida era conocida desde el momento de publicación de los pliegos de condiciones y su redacción no da lugar a posibles interpretaciones más que la propia literalidad.

En este punto, procede señalar que en el propio escrito de reclamación, Auren justifica su inacción en el desconocimiento de cuantas empresas participarían y cuál sería el precio final del contrato, hechos estos que se repiten en cualquier licitación y que no pueden tenerse en cuenta como justificación de la falta de impugnación de los pliegos de condiciones.

Es necesario traer a hacer mención al informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, que informe sobre la desproporción en la solvencia requerida en cuanto a los servicios de auditoria realizados en empresas con ingresos superiores a 1.000 millones anuales. Sobre este informe destacar que es solicitado por una persona física, sin poder de representación de ninguna mercantil o asociación profesional, por lo que si bien su contenido, llegado el caso, no podría desconocerse, no es suficiente para modificar la posición de Auren en cuanto a su legitimación.

Procede en este momento traer a colación lo recogido en nuestra Resolución 12/2022 *“Este Tribunal comparte criterio con el Tribunal Administrativo Central que ha establecido, valga por todas la Resolución nº 1298/2019 que establece ‘En*

nuestra Resolución 990/2019, de 6 de septiembre recientemente hemos declarado que: este Tribunal viene restringiendo la legitimación para interponer el recurso especial a quienes hayan sido parte del procedimiento, entre otras, la resolución 195/2015, de 27 de febrero, en que se dijo: Este derecho o interés legítimo (como hemos dicho en la Resolución nº 619/2014, en la 899/2014 o en la 38/2015) no concurre entre quienes no han participado en el procedimiento, porque no pueden resultar adjudicatarios del mismo. No existe, en este caso, ninguna ventaja o beneficio que sea consecuencia del ejercicio de su acción, equiparable o asimilable a ese derecho o interés en que se concreta la legitimación activa para intervenir en este recurso especial'. Traslado este criterio a las impugnaciones de pliegos resulta, con carácter general, que únicamente los licitadores pueden impugnar los pliegos. Afirmación que se matiza para permitir la impugnación de los pliegos a aquellas personas que no hayan podido tomar parte en la licitación precisamente por el motivo en que fundamentan su recurso'. En este sentido Resolución 967/2015, de 23 de octubre, reiterada en la 809/2019 de 11 de julio: 'El recurso debe ser inadmitido también por falta de legitimación activa, pues la entidad ya no va a poder tomar parte en el procedimiento de contratación, no impidiéndole -como ya hemos visto anteriormente-el motivo de su impugnación de los pliegos licitar al procedimiento que ahora recurre'. Este Tribunal ha resuelto ya en diferentes resoluciones sobre la legitimación del recurrente que no participa en el procedimiento de contratación, admitiéndola excepcionalmente (por todas, Resolución 924/2015, de 9 de octubre) cuando el motivo de impugnación de los pliegos impide al recurrente participar en un plano de igualdad en la licitación (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 5 Junio 2013), circunstancia esta que no es el caso ahora examinado. (...) Así pues, para admitir legitimación para recurrir los pliegos que rigen una licitación resulta necesario que el recurrente haya participado en la licitación o se haya visto impedido de hacerlo en base a las restricciones introducidas en los pliegos objeto de recurso, pues no resulta admisible un recurso en materia de contratación basado en un mero interés en la legalidad abstracta del procedimiento de licitación, no admitiéndose una acción popular en esta materia".

Siendo un hecho cierto que la reclamante no ha impugnado los pliegos de condiciones ni ha presentado oferta, procede negarle legitimación para recurrir la solvencia impugnada, pues su impugnación se basa en la defensa de la legalidad.

A mayor abundamiento la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta), de 12 de marzo de 2015, caso eVigilo Ltd, que sienta los principios de la impugnación indirecta de los pliegos de condiciones establece: *“Procede responder a la primera cuestión prejudicial, letra c), que el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665 y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a) , de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas , informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión . Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato”*.

Podemos observar que la acción de impugnación indirecta de los pliegos de condiciones se reserva a los licitadores en el procedimiento, no a una empresa que no ha sido parte ni como reclamante ni como licitadora.

En palabras del adjudicatario: *“la impugnación indirecta de los pliegos únicamente se permite cuando la infracción que se invoca no ha podido ser detectada en un primer momento.*

Pues bien, esta no es la situación que sostiene AUREN, pues las infracciones que ésta esgrime en su Recurso se refieren a los requisitos de solvencia técnica exigida para poder concurrir al procedimiento y a los medios humanos necesarios para la ejecución del Contrato. Dichos aspectos son conocidos tras una mera lectura de los Pliegos, sin que quepa realizar interpretación alguna por parte del órgano de contratación. Así, el momento para su impugnación es tras la publicación de los

Pliegos, sin que proceda su impugnación indirecta en sede del recurso frente a la adjudicación”.

Por todo ello, no reconociéndose legitimación activa al recurrente para la interposición del recurso, procediendo su inadmisión, no procede pronunciamiento al respecto de la multa solicitada por el órgano de contratación, en virtud de lo establecido en el artículo 31.2 del RPERMC.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría de sus miembros, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir la reclamación interpuesta por la representación legal de Auren Auditores S.P., S.L.P., contra el Acuerdo del Consejo de Administración de la Sociedad Canal de Isabel II, S.A., de fecha 26 de enero de 2023, por el que se adjudica el contrato de “Servicios de auditoria externa de las cuantas anuales de Canal de Isabel II, S.A, y sociedades dependientes, fundación Canal de Isabel II y ente público Canal de Isabel II para los ejercicios 2023, 2024 y 2025”, número de expediente 135/2022, por falta de legitimación.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 122 del RDLSE.