



Recurso nº 362/2016

Resolución nº 416/2016

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 27 de mayo de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D.^a B.G.R., en representación de la empresa ESCÁRATE AUDITORES, S.L. contra los pliegos y documentación contractual del contrato de “*Servicio de auditoría de las cuentas anuales individuales y consolidadas e informe de gestión de la Sociedad Estatal Aguas de las Cuencas de España (ACUAES), Canal de Navarra, S.A. (CANASA) y certificados de inversión en las actuaciones de ACUAES, de los ejercicios 2016, 2017 y 2018*” (Expediente ACE/0623.1/16/AUDI/01), el Tribunal ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Sociedad Estatal Aguas de las Cuencas de España, S.A. (en adelante, ACUAES) convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 21 de abril de 2016, licitación para la adjudicación, mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicio de auditoría de las cuentas anuales individuales y consolidadas e informe de gestión de la Sociedad Estatal Aguas de las Cuencas de España (ACUAES), Canal de Navarra, S.A. (CANASA) y certificados de inversión en las actuaciones de ACUAES, de los ejercicios 2016, 2017 y 2018, cuyo valor estimado es de 208.200 euros.

Segundo. Previo anuncio ante el órgano de contratación, el día 9 de mayo de 2016 D.^a B.G.R., en representación de la mercantil ESCÁRATE AUDITORES, S.L. interpuso recurso especial contra el Pliego de Cláusulas Particulares (PCP), el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y documentación complementaria del mencionado contrato de servicios.

Dicho recurso parte de la premisa de que el contrato, pese a lo dispuesto en los pliegos, se encuentra sujeto a regulación armonizada, por superar su valor estimado los umbrales establecidos en el artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del



Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que tiene efecto directo desde el 18 de abril de 2016, por haber finalizado en dicha fecha el plazo previsto para su transposición sin que ésta haya tenido lugar, y que resulta aplicable al contrato que se considera por haberse publicado su licitación el 21 de abril de 2016.

Sobre la anterior premisa, entiende la recurrente que el contrato es susceptible de recurso especial, y argumenta dos motivos de recurso:

- Vulneración del artículo 78.1.a) del TRLCSP y del artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, por regular el Pliego de Cláusulas Particulares como requisito de solvencia la realización de trabajos similares en los últimos cinco años, entendiendo como similares los trabajos de auditoría de cuentas anuales de empresas públicas. Entiende la recurrente que tal exigencia es desproporcionada y discriminatoria, pues en función del objeto del contrato debería admitirse la experiencia previa en contratos de auditoría con cualquier tipo de sociedad, tanto del sector público como del sector privado.

- Carácter desproporcionado de la exigencia del certificado UNE/EN/ISO 9001 o similar, que restringe injustificadamente la concurrencia. Entiende la recurrente que tal exigencia es desproporcionada en función del objeto e importe del contrato, cuya ejecución no exige una gestión medioambiental específica, y que ya existe un sistema de control de la calidad en la auditoría de cuentas derivado del obligado cumplimiento de las Normas Técnicas de Auditoría y de la Norma de Control de Calidad Interna (NCCI) aprobadas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC).

Tercero. Con fecha de 12 de mayo de 2016 el órgano de contratación remitió a este Tribunal el expediente de contratación junto al informe al que se refiere 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).

En dicho informe, ACUAES solicita la inadmisión del recurso por entender aplicable el artículo 4.c) de la Directiva 2014/24/UE, que estableció un límite para los contratos de los poderes adjudicadores subcentrales de 207.000 euros, que fue ampliado a 209.000 con efectos desde el 1 de enero de 2016 por la Orden HAP/2846/2015, de 29 de diciembre, que incorpora los límites establecidos por la Comisión en el Reglamento UE 2015/2342.



Al no ser un contrato sujeto a regulación armonizada, el mismo no es susceptible de recurso especial, por lo que ACUAES solicita la inadmisión del recurso.

Sin perjuicio de lo anterior, ACUAES se opone subsidiariamente a los motivos de recurso por entender que:

- Los requisitos de solvencia técnica exigidos en el pliego tienen encaje tanto en la normativa española (artículo 78 del TRLCSP) como en la comunitaria (artículo 58.4 de la Directiva 2014/24/UE), existiendo peculiaridades en la contabilidad de las empresas públicas, reflejadas en la Orden EH/733/2010, de 25 de marzo, que justifican la exigencia de experiencia en la auditoría de cuentas de sociedades del sector público.

- La exigencia de la certificación UNE/EN/ISO 9001 o equivalente tiene amparo expreso en el artículo 80.1 del TRLCSP y en el artículo 62.1 de la Directiva 2014/24/UE. Al admitirse la presentación de sistemas de gestión de calidad equivalentes (como el cumplimiento de las Normas del ICAC citadas por la recurrente) no se restringe la concurrencia. Y la certificación que se exige a los licitadores se refiere, en consonancia con el objeto del contrato, a la garantía de calidad, no a la gestión medioambiental, como sostiene la recurrente.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal, en fecha de 13 de mayo de 2016, dio traslado del recurso interpuesto a las empresas que concurrieron a la licitación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones (artículo 46.3 del TRLCSP), sin que ninguna de ellas haya evacuado dicho trámite.

Quinto Con fecha 19 de mayo de 2016, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resuelve la denegación de la solicitud de medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP, por ser la entidad contratante un poder adjudicador del sector público estatal.



Segundo. Son objeto de impugnación los pliegos y documentos contractuales aplicables a la licitación, actos susceptibles de recurso especial conforme al artículo 40.2.a) del TRLCSP.

Tercero. Atendiendo al objeto del contrato y al objeto social de la entidad recurrente, hay que entender que concurre en ésta la legitimación exigida en el artículo 42 del TRLCSP.

Cuarto. Consta en el expediente la formulación por la empresa recurrente del anuncio previo al recurso exigido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

Quinto. El recurso ha sido interpuesto en el plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 44.2.a) del TRLCSP y en el artículo 19, apartados 1 y 2, del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Sexto. Procede examinar si el presente contrato, que los Pliegos califican expresamente como contrato no sujeto a regulación armonizada, es en realidad, tal y como afirma la recurrente, un contrato armonizado, cuestión de la que depende la propia admisibilidad del presente recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

La recurrente invoca a este respecto el efecto directo de la Directiva 2014/24/UE y, concretamente, de su artículo 4, que en su redacción inicial dispuso lo siguiente:

“La presente Directiva se aplicará a las contrataciones cuyo valor estimado, el impuesto sobre el valor añadido (IVA) excluido, sea igual o superior a los siguientes umbrales:

(...)

b) 134.000 EUR, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por autoridades, órganos y organismos estatales y los concursos de proyectos organizados por éstos; (...);

c) 207.000 EUR, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores subcentrales y los concursos de proyectos organizados por los mismos; (...).”

Sin perjuicio del efecto directo que, conforme a lo que se indicará seguidamente, procede reconocer al artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE, se ha de adelantar que los importes



que en dicho precepto de la Directiva se establecían han sido actualizados con posterioridad.

Al efecto directo de la Directiva 2014/24/UE se ha referido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) del Estado en su Recomendación de 15 de marzo de 2016, relativa a la aplicación de las nuevas Directivas de contratación pública, en la que se afirma lo siguiente:

“... la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido reconociendo efecto directo a las disposiciones de las directivas comunitarias una vez expirado el plazo de transposición de las mismas sin que ésta se haya llevado a cabo, pudiendo ser invocadas por los particulares ante la jurisdicción nacional, siempre que se cumplan una serie de requisitos que se establecen en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia (entre otras, en las Sentencias Van Duyn, de 4 de diciembre de 1974; Ratti, de 5 de abril de 1979; Ursula Becker, de 19 de enero de 1982; y Pfeiffer y otros, de 5 de octubre de 2004). Dichos requisitos son los siguientes:

- Que la disposición sea lo suficientemente clara y precisa.

-Que la disposición establezca una obligación que no esté sujeta a ninguna excepción ni condición. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado en diversas ocasiones (entre otras, en la Sentencia Kaefer y Procacci, de 12 de diciembre de 1990) que una disposición es incondicional cuando no otorga a los Estados Miembros ningún margen de apreciación.

Como puede comprobarse, el efecto directo no se predica de las Directivas en su conjunto, sino tan solo de aquellas disposiciones incluidas en ellas que cumplan los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia que se han citado.

Por otro lado, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea únicamente ha reconocido el efecto directo ‘vertical’ de las Directivas Comunitarias, es decir, en las relaciones entre los Estados miembros y los particulares, no siendo aplicable el citado efecto directo de las Directivas en el plano ‘horizontal’, es decir, en las relaciones entre particulares, alegándolo un particular frente a otro. Por su parte, debe destacarse que dentro de las relaciones entre los Estados miembros y los particulares (efecto directo vertical), la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no admite que un Estado Miembro



invoque las disposiciones de una Directiva no transpuesta en perjuicio de un particular (Sentencia Ratti, de 5 de abril de 1979).

En definitiva, y en el caso que nos ocupa, a partir de la fecha en que debió estar realizada la transposición, es decir, el 18 de abril de 2016, gozarán de efecto directo las disposiciones de las Directivas que cumplan los requisitos citados en el presente apartado.”

Más adelante reconoce la JCCA en la citada Recomendación el efecto directo del artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE, relativo a los umbrales de los contratos que quedan sujetos a la Directiva, indicando, tras hacer referencia a los contratos de “servicios sociales y otros servicios específicos” que “respecto de los demás contratos de servicios el umbral es de 135.000 euros o 209.000 euros, según el caso, de acuerdo con las letras b) y c) del artículo 4 DN, respectivamente; coincidiendo así con los umbrales actuales vigentes por aplicación del Reglamento 2015/2342”.

Efectivamente, admitiendo el efecto directo del artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE, debe tenerse en cuenta que los umbrales que en dicho precepto se establecen han sido actualizados por el Reglamento 2015/2170 de la Comisión, de 24 de noviembre de 2015, de tal forma que los 134.000 euros previstos en el apartado b) para los contratos de suministro y servicios “adjudicados por autoridades, órganos y organismos estatales...” ha sido elevado a la cifra de 135.000 euros, y el umbral de 207.000 euros que el apartado c) del artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE prevé para los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por “poderes adjudicadores subcentrales” ha quedado establecido en 209.000 euros, coincidiendo, por tanto, con lo previstos en el Reglamento (UE) 2015/2342 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2015, por el que se modificaron los umbrales de aplicación de la Directiva 2004/18/CE, y con los de la Orden/HAP/2846/2015, de 29 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2016.

Así se declara en el Documento de estudio sobre los “Efectos jurídicos de las Directivas de Contratación Pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público”, presentado y aprobado por los Tribunales de Contratación Pública en su reunión de 1 de marzo de 2016, en el que se afirma, respecto del artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE que el mismo “es de efecto directo, en cuanto regula los



umbrales que por otra parte son los actualmente vigentes en virtud del Reglamento Delegado UE 2015/2170 de la Comisión, de 24 de noviembre de 2015, que en su condición de tal, no precisa transposición”.

Pues bien, tal y como afirma el órgano de contratación, ACUAES, en tanto sociedad estatal, no queda incardinada en las “*autoridades, órganos y organismos estatales*” del artículo 4.b) de la Directiva 2014/24/UE, sino en los “*adjudicadores subcentrales*” del artículo 4.c) de dicha norma comunitaria. Efectivamente, los primeros (“*autoridades, órganos y organismos estatales*”) son, conforme al artículo 2.1.2) de la citada Directiva, los que figuran en el Anexo I de la misma (entre los que no se incluye a ACUAES ni a ninguna otra sociedad estatal). Y estando definidos los “*poderes adjudicadores subcentrales*” en el artículo 2.1.3 de la Directiva por exclusión, como “*todos los poderes adjudicadores que no sean autoridades, órganos u organismos estatales*”, hay que concluir que ACUAES ha de calificarse, a efectos de la citada Directiva, como “*poder adjudicador subcentral*”, quedando sus contratos de servicios sujetos a la Directiva cuando su valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros (artículo 4.c) de la Directiva 2014/24/UE, actualizado por el artículo 1.1) del Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión).

De lo expuesto se desprende que el contrato de auditoría de cuentas anuales convocado por la sociedad estatal ACUAES, cuyo valor estimado es de 208.200 euros, no es un contrato sujeto a regulación armonizada ni con arreglo al artículo 16 del TRLCSP ni con arreglo al artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE, cuyo efecto directo no se discute. Al tratarse de un contrato no sujeto a regulación armonizada, el mismo no es susceptible de recurso especial en materia de contratación (artículo 40.1.a del TRLCSP), por lo que procede acordar su inadmisión, sin entrar a conocer sobre los motivos de fondo en los que la sociedad recurrente basa su impugnación.

Séptimo. Solicita expresamente ACUAES la imposición a la sociedad recurrente de una multa en atención al perjuicio causado por la interposición del recurso (artículo 47.5 del TRLCSP), por “*la temeridad y mala fe que supone la interposición del recurso contra un acto no recurrible...*”.

A la vista de las circunstancias expuestas en el Fundamento de Derecho precedente, es dable admitir un error en cuanto a la normativa vigente aplicable, lo que excluye, a juicio



del Tribunal, la apreciación de temeridad o mala fe en la recurrente y, consecuentemente, la imposición de la multa prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D.^a B.G.R., en representación de la empresa ESCÁRATE AUDITORES, S.L. contra los pliegos y documentación contractual del contrato de “*Servicio de auditoría de las cuentas anuales individuales y consolidadas e informe de gestión de la Sociedad Estatal Aguas de las Cuencas de España (ACUAES), Canal de Navarra, S.A. (CANASA) y certificados de inversión en las actuaciones de ACUAES, de los ejercicios 2016, 2017 y 2018*” (Expediente ACE/0623.1/16/AUDI/01).

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.