



Recurso nº 218/2019

Resolución nº 579/2019

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 30 de mayo de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. F. A. R. , en nombre de la compañía ERNST & YOUNG ABOGADOS, S.L.P., contra el acuerdo de exclusión adoptado en la licitación convocada por la Sociedad Estatal Enwesa Operaciones, S.A., S.M.E., para contratar el *“Servicio de asesoramiento, análisis y elaboración del informe sobre las operaciones vinculadas y la revisión de la materia de precios de transferencia”*, expediente 01/2019, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha de 14 de enero de 2019 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público anuncio de la licitación, por parte de la Sociedad Estatal “ENWESA OPERACIONES, S.A., S.M.E.”, del contrato de servicios de “Asesoramiento, Análisis y elaboración del Informe sobre las operaciones vinculadas y la revisión de la materia de precios de transferencia” (expediente 01/2019).

Segundo. El objeto del contrato aparece delimitado en el apartado 2 del Pliego de condiciones administrativas, en el que se lee:

<<El objeto de la presente licitación es la contratación del Servicio de asesoramiento, análisis y elaboración del informe sobre las operaciones vinculadas y la revisión de la materia de precios de transferencia.

Todo ello conforme a las especificaciones que se establecen en el Pliego de Condiciones Técnicas, que será parte integrante de este pliego a los efectos de su exigibilidad. En



consecuencia, el citado Pliego quedará incorporado al contrato y tendrá obligatoriamente carácter consensual.>>

Tercero. Por su parte, los apartados 1 y 3 del Pliego de prescripciones técnicas indican:

<<1.- DESCRIPCION DEL SERVICIO

El objeto de la presente licitación es la contratación del Servicio de Asesoramiento, Análisis y Elaboración del Informe sobre las Operaciones vinculadas y la Revisión de la materia de precios de transferencia, para los ejercicios 2018, 2019 y 2020 de la mercantil Enwesa Operaciones, S.A., S.M.E. (ENWESA).

[...]

3.- GESTION DE LA PRESTACION DEL SERVICIO

Se realizará el asesoramiento estudio y análisis de las siguientes operaciones vinculadas:

- Compra venta de bienes (cabezales, herramientas, y otros productos) y servicios de diseño.*
- Servicios de apoyo a la gestión.*
- Servicios de asesoramiento técnico.*
- Alquileres.*
- Otras operaciones. Refacturaciones de costes y otras operaciones menores.*

Los trabajos del servicio se extienden a todas aquellas transacciones anteriores, y a todas aquellas que en el transcurso del servicio y análisis se puedan requerir.

Derivado de lo anterior, se realizará un Informe del Local file de precios de transferencia para Enwesa.>>

Cuarto. El valor estimado del contrato asciende a 31.500 €.



Quinto. Concurrieron a la licitación las siguientes compañías:

- “VALTEC, S.A.”
- “KPMG ABOGADOS, S.L.P.”
- “ERNST & YOUNG ABOGADOS, S.L.P.”
- “LANDWELL-PRICEWATERHOUSECOOPERS TAX & LEGAL SERVICE S.L.”>>

Sexto. En sesión celebrada el 1 de febrero de 2019, la Mesa de contratación acordó excluir a “ERNST & YOUNG ABOGADOS, S.L.P.”, con el siguiente razonamiento:

<<Se comprueba que los Sobres A, B y C no tienen el nombre de la empresa ni la razón social ni ningún dato que lo identifique. Tal y como se solicita en el punto 8 de los Pliegos de Condiciones Administrativas: “Los licitadores presentaran sus propuestas en sobres debidamente cerrados, indicando en el texto de cada uno de ellos el nombre y apellidos del licitador o razón social de la empresa y en el asunto el número de referencia del expediente y el objeto del contrato indicado en la cláusula 2.”

Este hecho conculca también, el Principio de forma y el de Igual de trato de los licitadores, (Artículo 1 Ley de Contratos del Sector Público 09/2017). Por lo tanto, esta empresa queda excluida de la presente Licitación.>>

Séptimo. El acuerdo referido en el ordinal precedente fue notificado a “ERNST & YOUNG ABOGADOS, S.L.P.” el 4 de febrero de 2019.

Octavo. El 21 de febrero de 2019 tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de interposición de recurso especial formulado por la citada compañía frente al acuerdo de exclusión descrito en el ordinal sexto.

Noveno. El expediente, junto con el informe del órgano de contratación, fue recibido en este Tribunal el día 27 de febrero de 2019.



Décimo. El día 1 de marzo de 2019, la Secretaría de este Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiéndolo verificado el 8 de marzo de 2019 la empresa “KPMG ABOGADOS, S.L.P.”, a través del Registro electrónico de este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 47.1 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) y 1.b) del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre; en adelante, RPERMC).

Segundo. No obstante lo anterior, es lo cierto que concurre la causa de inadmisión del recurso especial que, prevista en el artículo 55.c) LCSP, impide pronunciarnos sobre el fondo del asunto, y ello tanto por carecer la Sociedad Estatal “ENWESA OPERACIONES, S.A., S.M.E.” de la condición de poder adjudicador como porque, en cualquier caso, el valor estimado del contrato es inferior al umbral previsto en el artículo 44.1.a) LCSP para la admisibilidad del recurso. Se trata, por lo demás, de cuestiones de orden público que pueden -y deben- ser apreciadas por este Tribunal, incluso aunque no se susciten por el órgano de contratación o por el resto de los interesados (cfr.: artículos 55 “*in fine*” LCSP y 23 RPERMC).

Sobre la primera de las cuestiones, conviene recordar que el artículo 44.1 LCSP circunscribe el recurso especial a determinados actos referidos a la licitación de contratos que concierten Administraciones Públicas y entidades que tienen la condición de poderes adjudicadores, siendo así que “ENWESA OPERACIONES S.A., S.M.E.” no tiene ni una ni otra. Es obvio, desde luego, que no es una Administración Pública, pues las sociedades estatales no aparecen contempladas en el elenco del artículo 3.2 LCSP y, de hecho, el Ordenamiento



vigente niega cualquier asimilación entre ambos conceptos, razón por la que aquellas se rigen por del Derecho Privado y no pueden ejercer potestades administrativas salvo que una ley expresamente se las encomiende (cfr.: artículo 113 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). No menos significativo resulta, en fin, que la legislación presupuestaria distinga entre sector público administrativo y sector público empresarial (cfr.: artículo 3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria), integrándose en el primero, entre otros, la Administración General del Estado y los organismos autónomos y en el segundo –también entre otras- las Sociedades mercantiles estatales.

Tampoco es posible sostener que la Sociedad Estatal ENWESA OPERACIONES, S.A., S.M.E., sea un poder adjudicador en el sentido definido en el artículo 3.3 LCSP, dado el carácter esencialmente mercantil o industrial de su actividad. Así resulta de la lectura del artículo 2 de sus estatutos (disponibles en <http://www.enwesa.com/wp-content/uploads/ESTATUTOS-ENWESA.pdf>), en los que se indica:

<<Constituyen el objeto social las actividades siguientes:

Comercialización, venta, suministro y prestación de servicios de ingeniería, mantenimiento, reparación y otros servicios relacionados, incluyendo el suministro de equipos, repuestos y herramientas, para el mantenimiento, diagnóstico, ampliación, modificación y reparación de estructuras, sistemas, instalaciones y componentes para plantas de producción de energía eléctrica, especialmente de carácter nuclear y de otras plantas industriales, y la descontaminación de instalaciones nucleares y radioactivas, así como la realización de instalaciones eléctricas y la construcción, modernización, mantenimiento y suministro de grandes depósitos metálicos, productos de calderería gruesa y material ferroviario; además de la instalación y mantenimiento de aparatos, dispositivos y sistemas de seguridad.

Las anteriores actividades podrán ser desarrolladas, en todo o en parte indirectamente mediante la participación en sociedades que tengan un objeto idéntico o análogo. Quedan exceptuadas todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exija requisitos especiales que no queden cumplidos por esta Sociedad>>



La opinión expresada fue, por lo demás, la que mantuvo el Tribunal de Cuentas en informe nº 1028, de 27 de marzo de 2014.

De igual modo, y como ya se ha indicado, el valor estimado del contrato es muy inferior al umbral de 100.000 € que para los contratos de servicios previene el artículo 44.1.a) LCSP.

Como corolario de lo expuesto, se impone la inadmisión del recurso.

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. J. F. A. R. , en nombre de la compañía ERNST & YOUNG ABOGADOS, S.L.P., contra el acuerdo de exclusión adoptado en la licitación convocada por la Sociedad Estatal Enwesa Operaciones, S.A., S.M.E., para contratar el *“Servicio de asesoramiento, análisis y elaboración del informe sobre las operaciones vinculadas y la revisión de la materia de precios de transferencia”*, expediente 01/2019.

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 sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Tercero. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de conformidad con el cual *“el error o la ausencia en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*, procede devolver el citado escrito al órgano de contratación para la tramitación del recurso administrativo que proceda.

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, letra f), y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.