



Recurso nº 957/2014

Resolución nº 5/2015

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 9 de enero de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. A. M. G., en representación de la U.T.E. AUDITORES SECTOR PÚBLICO, S.L. / CENTIUM AUDITORES, S.L. contra la resolución adoptada por la mesa de contratación de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID, en adelante), de fecha 6 de noviembre de 2014 por la que se excluye a la recurrente, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Director de la AECID, en fecha 22 de julio 2014, aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la celebración de contrato de servicio de apoyo a la implantación de nuevos sistemas informáticos y a la solución de problemas contables de las UCE, para el Departamento de Gestión Financiera, Económica y Presupuestaria de la AECID. Previamente, el 16 de julio de 2014, por el propio Director se había aprobado el Pliego de Prescripciones Técnicas para la contratación del servicio de referencia.

Segundo. El 27 de agosto de 2014 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Resolución de la AECID por la que se anuncia el procedimiento abierto para el contrato de servicio de apoyo a la implantación de nuevos sistemas informáticos y a la solución de problemas contables de las UCE, para el Departamento de Gestión Financiera, Económica y Presupuestaria de la AECID. El 28 de agosto de 2014 se publicó en la

Plataforma de Contratación del Sector Público tanto el anuncio de licitación como el Pliego de Cláusulas Administrativas y el Pliego de Prescripciones Técnicas.

Tercero. Como obligaciones específicas, el Pliego de Cláusulas Administrativas exige para acreditar la solvencia técnica y profesional de los licitadores, en la cláusula 3.2.3 *«haber ejecutado satisfactoriamente al menos tres contratos de la misma naturaleza, cada uno de ellos de importe igual o superior a 100.000 € (IVA incluido) en el periodo comprendido en los tres últimos ejercicios, lo que se acreditará con al menos tres certificados de cliente»*. Como documentación exigible, la cláusula 9.5.2 precisa *«al menos tres certificados de cliente, ya sea público o privado, de haber ejecutado satisfactoriamente contratos de naturaleza análoga, cada uno de los cuales por importe mayor o igual a 200.000 € (IVA incluido) en los tres últimos años»*.

Cuarto. Dentro del plazo establecido para la presentación de las proposiciones acudieron cuatro empresas, a saber: INSIS4 Consultoría, Outsourcing y Sistemas, ATD Auditores Sector Público, CYTSA Creatividad y Tecnología y Brücke Asesores.

Quinto. Tras la emisión del informe de valoración final de las ofertas presentadas, emitido por la Jefa del Área de Gestión Económica Exterior, la Mesa acuerda proponer la clasificación de las ofertas, figurando en primer lugar la recurrente UTE ATD, Auditores del Sector Público, S.L. / Centium Auditores, S.L. No obstante, al observar que no se acredita debidamente la solvencia técnica y profesional por parte de la UTE clasificada en primer lugar, se formula a la misma requerimiento de subsanación.

Sexto. El 27 de octubre de 2014 la UTE ATD Auditores del Sector Público, S.L. / Centium Auditores, S.L. presentó la documentación que estimó pertinente con la finalidad de acreditar el cumplimiento del referido requisito.

Séptimo. El 5 de noviembre de 2014 se examinó la documentación presentada constatado que de los tres contratos de las características exigidas en el Pliego, únicamente se acreditaba la realización de uno por parte de la UTE ATD Auditores del Sector Público, S.L. / Centium Auditores, S.L, motivo por el que fue excluida del

procedimiento en fecha 6 de noviembre de 2014, notificado a la recurrente en la misma fecha.

Octavo. El 25 de noviembre de 2014 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por UTE ATD Auditores del Sector Público, S.L. / Centium Auditores, S.L.

Noveno. El 27 de noviembre de 2014 se ha presentado ante este Tribunal por parte del órgano de contratación informe relativo a la tramitación del procedimiento de adjudicación del contrato.

Décimo. Con fecha de 2 de diciembre de 2014, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Se impugna por parte de la UTE ATD Auditores del Sector Público, S.L. / Centium Auditores, S.L. el Acuerdo de la Mesa de Contratación de 5 de noviembre de 2014, notificado el 6 siguiente, por el que se le excluye del procedimiento porque «solo acredita haber realizado un contrato de las características exigidas en el PCAP, que se corresponde con el celebrado con la Comunidad de Castilla La Mancha por importe 288.864 €».

Segundo. Se ha cumplido con las prescripciones formales y de plazo en la interposición del recurso.

Tercero. La legitimación activa de la parte recurrente se fundamenta por la misma en el artículo 42 TRLCSP (Real Decreto Legislativo 3/2011, 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), al haber concurrido a la licitación de la que no resultó adjudicatario.

Cuarto. El acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el artículo 40 TRLCSP.

Quinto. El recurso se ha presentado dentro del plazo previsto en el artículo 44 TRLCSP.

Sexto. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 TRLCSP.

Séptimo. El recurso se fundamenta en la indebida valoración por parte del órgano de contratación del requisito de haber realizado al menos tres contratos de importe igual o superior a 100.000 €, por entender la parte recurrente que ciertos contratos celebrados en el ámbito de un acuerdo marco con algunas Universidades de Canarias, deben considerarse como un solo contrato. De igual modo, entiende que los lotes en que se dividen otros contratos celebrados con AENA y la Generalitat Valenciana deben considerarse como uno solo. De ahí, concluye que la suma de los distintos contratos supera el límite de 100.000 € y, en consecuencia, no puede ser excluida del procedimiento.

Octavo. Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de ocasiones acerca de la cualidad de *lex contractus* de los pliegos, una vez éstos adquieren firmeza. Así, en resoluciones de este Tribunal 178/2013, 17/2013 y 45/2013 se hace referencia a la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, sentada en la sentencia de 19 de marzo de 2001 (Sección Séptima) en la que se afirma que *«esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones*

que, obviamente, pretendía». Este criterio se mantiene en la Resolución 321/2013, donde, con cita de la 178/2013, en la que se precisa que la falta de impugnación de los pliegos hace *«inviabile la posibilidad de que se invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación ya efectuada en favor de la proposición más conveniente a otro licitador, tanto más cuando que existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar los citados Pliegos en su fase inicial mediante el recurso especial en materia de contratación contra “los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”»*.

Noveno. Pues bien, la cláusula 3.2.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas prevé, con requisito de solvencia técnica o profesional *«haber ejecutado satisfactoriamente al menos tres contratos de la misma naturaleza, cada uno de ellos de importe igual o superior a 100.000 € (IVA incluido) en el periodo comprendido en los tres últimos ejercicios, lo que se acreditará con al menos tres certificados de cliente»*. Como documentación exigible, la cláusula 9.5.2 precisa *«al menos tres certificados de cliente, ya sea público o privado, de haber ejecutado satisfactoriamente contratos de naturaleza análoga, cada uno de los cuales por importe mayor o igual a 200.000 € (IVA incluido) en los tres últimos años»*. Aunque hace referencia a la cifra 200.000 €, y siendo más favorable a los licitadores, se toma como referencia el importe menor, al ser menos restrictivo, y aceptar el órgano de contratación, tanto en el informe emitido, como en el contexto de la licitación, que el importe de los contratos debía ser igual o superior a 100.000 €.

Por parte de la UTE recurrente se aporta relación de contratos que, a su juicio, cumplen los requisitos de solvencia técnica y profesional fijados en el pliego. Así,

— Contrato de servicio de control financiero de gastos cofinanciados con fondos estructurales, ejecutado por ATD suscrito con la Comunidad de Castilla la Mancha, por un importe total de 288.864 €. Este es el único contrato que ha sido aceptado como válido a efectos de acreditar la solvencia técnica o profesional por parte del órgano de contratación.

— Contrato de auditoría de cuentas de las Universidades de Las Palmas y La Laguna, ejecutado por ATD Auditores Sector Público. Este contrato (en realidad son dos) deriva de un acuerdo marco suscrito con la Intervención General de Canarias, y su importe es de 57.700,50 € cada uno. Atendido que se trata de dos contratos, no puede aceptarse el criterio de la entidad recurrente, en el sentido de sostener que al derivar de un Acuerdo Marco deben considerarse como un único contrato. Lo cierto es que los Acuerdos Marco se prevén en el Artículo 196 TRLCSP y tienen como objeto *«fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado»*. Por ello, los distintos contratos (en este caso, los dos suscritos por la UTE recurrente), tienen autonomía y sustantividad propia, por lo que, individualmente considerados, no alcanzan el umbral fijado en el pliego y, en consecuencia, no pueden ser tomados en consideración a efectos de acreditar la solvencia técnica y profesional.

— Contratos de auditoría de cuentas de las Universidades de Alicante y Miguel Hernández (Elche), ejecutado por la UTE formada por la empresa Horwarth Auditores España (30%) y ATD, Auditores del Sector Público, S.L. (70%). Los contratos se refieren a periodos económicos diversos y tienen fundamento convencional en distintos acuerdos de voluntades. Aunque los contratos hayan sido suscritos con la misma entidad, el Pliego exige que cada contrato, individualmente considerado, supere el umbral de 100.000 €, fijado con la finalidad de dotar de cierto volumen y envergadura el contrato que haya de acreditar la solvencia técnica y profesional. Por ello, una pluralidad de contratos, de idéntico objeto, que aunque sumados superen el umbral, al tratarse de acuerdos de voluntades distintos, sometidos a procedimientos de licitación diversos y de naturaleza, volumen y envergadura inferior al umbral fijado en el Pliego, no pueden tenerse en consideración a efectos de acreditar la solvencia como exige la cláusula 3.2.3 del Pliego. Del mismo modo, los diversos lotes en que se fraccione un contrato no pueden ser sumados a efectos de entender cumplido el requisito de análisis, pues el artículo 86.3 TRLCSP se refiere a la división por lotes cuando *«así se justifique debidamente en el expediente, (que) podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean **susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional**, o así lo exija la naturaleza del objeto»*. Es precisamente esta unidad funcional y aprovechamiento

separado lo que impide que se acumulen a efectos de superar el umbral de la cláusula 3.2.3 del Pliego. En efecto, éste solicita a los licitadores que acrediten haber realizado a satisfacción tres contratos por importe superior a 100.000 € cada uno. No sirve, en los términos que ha sido redactado el Pliego y al que se han sometido los licitadores al presentar sus proposiciones, haber realizado seis contratos, en el mismo periodo, por 50.000 € cada uno. Aunque los importes en uno y otro caso sean iguales, no se justifica en el segundo de ellos tener la solvencia técnica y profesional para ejecutar un contrato por importe que dobla la cuantía de los seis celebrados. Por ello, no puede admitirse la acumulación que pretende la recurrente. Por otro lado, los importes son de 88.800 € y 99.513,48 €, no alcanza ninguno de ellos el límite fijado, individualmente considerado, y teniendo además en consideración el porcentaje de participación de ATD Auditores del Sector Público tiene en los mismos (pues Howarth Auditores España no está integrada en la UTE recurrente) resulta que difieren considerablemente de la cuantía fijada.

— Contrato de auditorías de concesionarios comerciales AENA, ejecutado por la UTE formada por la empresa Horwarth Auditores España (75%) y ATD, Auditores del Sector Público, S.L. (25%), por importe 246.598 €. Por el motivo señalado anteriormente, al ser la cuota de participación de ATD Auditores del Sector Público del 25 % y no participar Howarth Auditores España en la UTE recurrente, sólo puede tomarse en consideración la cuarta parte de su importe, que difiere sustancialmente del umbral mínimo fijado en el Pliego. A diferencia del criterio que sostiene el órgano de contratación en su informe, presentado el 27 de noviembre de 2014, la prórroga sí debe considerarse como integrante de la cuantía del contrato a efectos de fijar su importe, pues no existe procedimiento autónomo de licitación, y la propia prórroga de los contratos debe tenerse en cuenta a efectos de fijar la cuantía del contrato. A diferencia de los supuestos anteriores (acuerdos marco y división por lotes) en el presente supuesto se trata del mismo contrato, al que la ley fija un plazo máximo de duración (incluidas las prórrogas) de seis años, y un límite temporal a la prórroga determinado por la duración inicialmente pactada. De ahí que, mientras en los acuerdos marco se fijan unas condiciones base para la celebración de ulteriores contratos y en la división por lotes se someten a licitación cada uno de ellos, en el caso de la prórroga el contrato es el mismo (al no seguirse nuevo procedimiento de licitación) y su importe se ve incrementado como

consecuencia de la prórroga. Sin embargo, atendido que eran tres los contratos que debían aportarse al tiempo de presentar las proposiciones y que el aportado en el presente recurso lo ha sido de forma extemporánea, sigue sin cumplirse el requisito de la solvencia técnica o profesional.

— Por último, se presentó ante el órgano de contratación un nuevo contrato, suscrito por Centium Auditores, que no puede tenerse en consideración, al ser extemporánea su presentación. Aunque sostenga que no se alegó con anterioridad, al considerar que eran suficientes los ya presentados, lo cierto es que es una carga de los licitadores acreditar en tiempo y forma los extremos que exija el pliego al tiempo de la presentación de las proposiciones, sin que quepa ulteriormente, al conocer ya el resultado de la valoración de las distintas proposiciones, alegar que se disponía de otra información que no se aportó anteriormente al entender que la presentada era suficiente. Atendido que la falta de presentación de la documentación en plazo se debe a una causa imputable exclusivamente a la voluntad de la UTE recurrente, no puede tenerse en consideración, si quiera para su estudio, el último de los contratos alegados.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por U.T.E. AUDITORES SECTOR PÚBLICO, S.L. / CENTIUM AUDITORES, S.L. contra la resolución adoptada por la mesa de contratación de la AECID, de fecha 5 de noviembre de 2014 por la que se excluye a la UTE recurrente.

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 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 de 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.