

## **Consortio de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos**

**Asunto:** Expediente de contratación CCTP/01/09. Resolución del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa KPMG Auditores, SL, CIF B-78510153, contra la propuesta de adjudicación del *“Contrato de asistencia técnica relativa al sistema de control (art.16 del Reglamento (CE)nº1828/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo y art.13 del Reglamento (CE)nº1080/2006 de la Comisión, del Programa de Cooperación Territorial España-Francia-Andorra 2007-2013”*, a favor de la oferta presentada por la Unión Temporal de Empresas (UTE) IDOM Zaragoza (60%) y MAPROC (40%) por un importe de 1.032.012€.

### **Hechos**

1.- En fecha 30 de abril de 2009, la Dirección del Consorcio de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos aprobó el procedimiento de licitación abierto para la contratación de la asistencia técnica relativa al control (art.16 Reglamento CE nº1080/2006 y art.13 Reglamento CE nº1828/2006) del Programa de Cooperación Territorial España-Francia-Andorra (POCTEFA) 2007-2013.

2.- Según informe de la Secretaria de la mesa de contratación del Consorcio de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos, después de la apertura del sobre nº 1 se requirió a la empresa IDOM ZARAGOZA SA, para que aportara, en el plazo de 2 días, el documento acreditativo de su inscripción en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas (ROAC).

También se informa que en los Estatutos sociales de IDOM ZARAGOZA SA, se especifica en el artículo 2 punto a) Objeto de la sociedad: *“a) El ejercicio de las actividades de ingeniería, consultoría y asesoramiento profesional, en su más amplio sentido”*.

3.- IDOM ZARAGOZA SA, presenta el 1 de julio de 2009 un escrito en el que manifiesta que en la propuesta presentada en el sobre nº 1 se hace constar que IDOM colaborará con la empresa LAES NEXIA & Castellero Auditores SLP, para los trabajos de auditoria, y que tanto la empresa como el socio auditor Carlos Terreu están inscritos en el ROAC con números S0673 y 15904 respectivamente. Consta en el expediente las hojas del ROAC donde constan inscritos y una carta de compromiso de la empresa LAES NEXIA & Castellero Auditores SLP

4.- En fecha 17 de julio de 2009, la Mesa de Contratación propuso: *“Adjudicar a favor de la oferta presentada por la Unión Temporal de Empresas (UTE) IDOM ZARAGOZA (60% participación) y MAPROC (40% participación) del contrato de Asistencia Técnica*

*relativa al sistema de control (art.16 del Reglamento CE nº 1080/2006 y art.13 del Reglamento CE nº 1828/2006) del Programa de Cooperación Territorial España-Francia-Andorra 2007-2013 con destino al Consorcio de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos por un importe total de 1.032.012€,...*

5.- Mediante escrito de fecha 27 de julio de 2009, registro de entrada a la Comunidad de Trabajo de los Pirineos, el 28 de julio de 2009, la empresa KPMG Auditores SL, interpuso recurso especial en materia de contratación contra la propuesta de acuerdo de adjudicación publicada el 17 de julio, -ver anexo I- manifestando que IDOM ZARAGOZA SA no cumple los requisitos de la Cláusula 5.3.2 del Pliego de condiciones correspondientes al del contrato, ya que es una sociedad dedicada a la ingeniería, arquitectura y consultoría, y en segundo lugar, no consta inscrita en el ROAC. Por lo tanto, y dado que el requisito lo deben cumplir cada una de las empresas integrantes de la UTE, la adjudicación provisional es incorrecta y corresponde adjudicar el contrato al siguiente licitador por orden de puntuación, es decir, al recurrente que si que cumple con todos los requisitos.

6. Mediante escrito de 30 de Julio, registro de entrada a la Comunidad de Trabajo de los pirineos de 31 de Julio, la empresa Quasar SA presenta alegaciones al recurso interpuesto por KPMG Auditores SL –ver anexo II- manifestando que si bien de la razón social de la empresa no se puede deducir el objeto y alcance de su actividad, en el caso de la adjudicación provisional que nos ocupa, la empresa española de la UTE adjudicataria (IDOM S.A) no está inscrita en el ROAC, requisito obligatorio establecido en el pliego.

7.- Mediante escrito de fecha 5 de Agosto, registro de entrada a la Comunidad de trabajo de los Pirineos de 5 de Agosto, la empresa IDOM en representación de la UTE IDOM-MAPROC presenta alegaciones al recurso presentado por KPMG Auditores SL, ver anexo III-

8.- El Consorcio de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos ha solicitado entre sus miembros informe jurídico de este recurso especial para resolver el mismo en justicia.

### **Fundamentos de derecho**

**1º.** Por lo que respecta al procedimiento legalmente establecido para la tramitación del recurso de referencia, se ha de constatar que según dispone el art.37 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de contratos del sector público, respecto al plazo para interponer el recurso se establece de forma literal que *“el plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación es de diez días hábiles, contados a partir del día siguiente en que se notifique o publique el acto impugnado. En caso que el objeto del recurso sea el de adjudicación provisional del contrato, el plazo se cuenta desde el día siguiente del día en que se publique en un diario oficial o en el perfil del contratante del órgano de contratación, de acuerdo con lo que indica el artículo 135.4.”*

Además, específicamente el precepto establece que *“el escrito de interposición se ha de hacer en el registro del órgano de contratación o en el órgano competente para resolver el recurso”*. En el caso que nos ocupa, el escrito de recurso reúne los requisitos de admisibilidad, al haber estado interpuesto en tiempo y forma el 28 de julio de 2009.

Por lo que respecta al caso que nos ocupa, al tratarse de un recurso especial contra el acto de adjudicación provisional, queda en suspenso la tramitación del expediente de contratación hasta que no se resuelva expresamente el recurso y, por lo tanto, no se puede proceder a la adjudicación definitiva y formalización del contrato.

**2º.** Referente a la cuestión de fondo planteada, la empresa KPMG Auditores, SL, alega que IDOM ZARAGOZA SA, no cumple los requisitos de la Cláusula 5.3.2 del Pliego de condiciones correspondientes al contrato y, en concreto, su finalidad y actividad no tienen relación directa con el objeto del contrato, ya que es una sociedad dedicada a la ingeniería, arquitectura y consultoría y, en segundo lugar, no consta inscrita en el ROAC.

**3º.** La Cláusula 5.3.2 del Pliego establece lo siguiente:

*“Cláusula 5.3 Situación personal del candidato.*

*5.3.1 Podrán tomar parte en el presente procedimiento las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que tengan capacidad de obrar, acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional y no se hallen comprendidas en alguna de las causas de prohibición de contratar previstas en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.*

*5.3.2 Las empresas licitadoras deberán ser personas físicas o jurídicas cuya finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales. Asimismo deberán disponer de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del mismo y, en el caso de las empresas españolas, deberán estar inscritas en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas (ROAC).”*

Este apartado establece que los candidatos deberán cumplir tres requisitos para poder concurrir en el procedimiento, el requisito de capacidad, el de solvencia, y el de no estar incurso en alguna causa de prohibición para contratar.

Esta cláusula es reflejo de lo indicado en el art.43 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, que dice:

*“Artículo 43. Condiciones de aptitud.*

*1. Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.*

*2. Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.”*

En este caso, lo que se cuestiona es el cumplimiento del primero de los requisitos, es decir, el de capacidad de la empresa IDOM ZARAGOZA SA, para poder concurrir en el procedimiento.

Además, esta capacidad para concurrir se desdobra en dos requisitos, el primero consistente en acreditar la capacidad de obrar, apartado 5.3.1, y el segundo el requisito formal de inscripción en el ROAC, que se indica en el apartado 5.3.2.

**4º.** Respecto a la capacidad de obrar, a diferencia de las personas físicas que tienen una capacidad de obrar genérica, y que si falta se ha de suplir por los medios que conoce el ordenamiento jurídico civil, el tema de la capacidad de obrar de las personas jurídicas es más complejo y necesariamente ha de ser puesto en relación con su objeto, pues es indudable que sólo pueden realizar y, por lo tanto, sólo tienen capacidad de obrar para actividades comprendidas en su objeto.

En este sentido, se regula en el artículo 46 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que en relación a la capacidad de las personas jurídicas dice:

*“Artículo 46. Personas jurídicas.*

- 1. Las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios.*
- 2. Quienes concurren individual o conjuntamente con otros a la licitación de una concesión de obras públicas, podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión. La constitución y, en su caso, la forma de la sociedad deberán ajustarse a lo que establezca, para determinados tipos de concesiones, la correspondiente legislación específica.”*

En este caso, el objeto del contrato según se establece en la cláusula primera se centra en la revisión de cuentas y servicio de auditoría y, tal y como informa la Secretaria de la mesa de contratación del Consorcio de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos, en los Estatutos sociales de IDOM ZARAGOZA SA, se especifica en el artículo 2 punto a) Objeto de la sociedad: *“a) El ejercicio de las actividades de ingeniería, consultoría, auditoría y asesoramiento profesional, en su más amplio sentido”*. Por lo tanto, queda acreditado que la empresa tiene la capacidad de obrar necesaria para concurrir en esta licitación. En el mismo sentido se manifiesta la empresa IDOM ZARAGOZA /MAPROC y Quasar S. A. en el punto 1 de sus respectivas alegaciones.

**5º.** En cuanto al segundo punto de la capacidad, es decir, a la inscripción de la empresa IDOM ZARAGOZA SA en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas (ROAC). Tal y como se exige en la cláusula 5.3.2, no se cumple.

Cabe determinar si esta falta de inscripción se puede considerar corregida por el compromiso de colaboración con la empresa LAES NEXIA & Castillero Auditores SLP y el socio auditor Carlos Terreu que si constan en el ROAC, y así lo han manifestado ante la Mesa de contratación.

En este caso, queda claro que según la cláusula señalada IDOM ZARAGOZA SA es la empresa que formará la UTE con MAPROC y, por lo tanto, es ella y no una colaboradora ajena a la propia empresa y a la UTE quien debe cumplir el requisito de la inscripción. Requisito que no debería cumplirse si la empresa fuera extranjera, tal y como se desprende de la redacción de la cláusula.

En este sentido, el artículo 46 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, dice:

*“Habilitación para ejercer la actividad profesional.*

*A todo operador económico que desee participar en un contrato público podrá exigírsele que demuestre su inscripción en un registro profesional o mercantil o que presente una declaración jurada o un certificado, como los precisados en el anexo IX A para los contratos públicos de obra, en el anexo IX B para los contratos públicos de suministro y en el anexo IX C para los contratos públicos de servicios, y con arreglo a las condiciones previstas en el Estado miembro en que esté establecido.*

*En los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios, cuando los candidatos o licitadores necesiten una autorización especial o pertenecer a una determinada organización para poder prestar en su país de origen el servicio de que se trate, el poder adjudicador podrá exigirles que demuestren estar en posesión de dicha autorización o que pertenecen a dicha organización”.*

**6º.** Respecto al posible cumplimiento de los requisitos por otras empresas integrantes de la UTE que se constituirá en caso de adjudicación, la cláusula 5.4 del Pliego de condiciones administrativas dice:

*Cláusula 5.4. Uniones temporales de empresas*

*Podrán concurrir ...*

*A efectos de la licitación, los empresarios que deseen concurrir integrados en una unión temporal deberán indicar los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación en cada caso, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en una unión temporal en caso de resultar seleccionados como empresa contratada. Asimismo, cada una de las empresas participantes deberá acreditar individualmente las circunstancias descritas en la cláusula 6.1 referidas a la personalidad del empresario y a su solvencia económica y financiera, así como las que justifiquen su solvencia técnica.*

*Respecto a la determinación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional de la unión temporal y a sus efectos, se acumularán las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma. La duración...”*

Se establece la obligación de acreditar individualmente los requisitos de capacidad y solvencia (cláusula 5.3) pero en el caso de la solvencia económica, financiera y técnica, permite expresamente que se acumulen las características de los miembros de la UTE para la determinación de suficiencia.

Se establece, por lo tanto, una diferenciación ya que no existe ninguna referencia expresa que permita compensar la falta de inscripción en el ROAC de uno de los integrantes de la UTE con los otros que si consten inscritos, siendo por lo tanto, un defecto no corregible.

**7º.** Esta cláusula está en concordancia con lo que establece la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, artículo 52, que permite la integración de la solvencia económica, financiera y técnica por medios ajenos a la empresa, o externos.

*“Artículo 52. Integración de la solvencia con medios externos.*

*Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.”*

En el mismo sentido, los artículos 47 y 48 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, de suministro y de servicios, dicen:

*“Artículo 47*

*Capacidad económica y financiera*

*1. En general, la justificación de la capacidad económica y financiera del operador económico podrá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes:*

*a) ...*

*2. En su caso, y para un contrato determinado, el operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar ante el poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto.*

*3. En las mismas condiciones, las agrupaciones de operadores económicos a que hace referencia el artículo 4 podrán basarse en las capacidades de los participantes en las agrupaciones o de otras entidades,*

*4. Lo poderes ...”*

*“Artículo 48  
Capacidad técnica y profesional*

....

*3. En su caso, y para un contrato determinado, el operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar ante el poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios para la ejecución del contrato, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades de poner a disposición del operador económico los medios necesarios.*

*4. En las mismas condiciones, las agrupaciones de operadores económicos a que hace referencia el artículo 4 podrán basarse en las capacidades de los participantes en las agrupaciones o de otras entidades.”*

Por lo tanto, desde la vertiente de la normativa comunitaria, también se permite la integración de la solvencia por medios externos, pero tampoco se contempla la integración de la capacidad.

Las alegaciones de IDOM ZARAGOZA SA/MAPROC y los documentos de subsanación previamente aportados por ésta servirían para fundamentar la integración de la solvencia técnica por medios ajenos o externos pero no la capacidad. La exigencia expresa fijada en los pliegos -referente a la capacidad- de estar inscritas las empresas españolas concurrentes en el ROAC no puede sustituirse por medios ajenos o externos.

**8º.** Se ha de constatar que en el momento de resolver el correspondiente recurso se ha de efectuar el levantamiento de la suspensión, tal como dispone el artículo 37.7 de la LCSP.

**A LA VISTA DE LO EXPUESTO, ESTE ÓRGANO DE CONTRATACIÓN CONCLUYE:**

- que la empresa IDOM ZARAGOZA SA no reúne los requisitos establecidos en el Pliego de cláusulas administrativas, y por lo tanto, se estima el recurso interpuesto por la empresa KPMG Auditores, SL, CIF B-78510153, contra la propuesta de adjudicación del *“Contrato de asistencia técnica relativa al sistema de control (art.16 del Reglamento (CE)nº1828/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo y art.13 del Reglamento (CE)nº1080/2006 de la Comisión, del Programa de Cooperación Territorial España-Francia-Andorra 2007-2013”*, a favor de la oferta presentada por la Unión Temporal de Empresas (UTE) IDOM Zaragoza (60%) y MAPROC (40%)
- Anular la adjudicación provisional erróneamente atribuida inicialmente el

17 de Julio de 2009 a favor de la UTE IDOM Zaragoza y MAPROC, retrotrayéndose las actuaciones a la verificación de la lista de adjudicatarios, constatándose que la exclusión de IDOM Zaragoza SA no afecta al orden de prelación de dicha lista.

- que resultando ser la empresa KPMG Auditores SL la siguiente en el orden de puntuación, se adjudique provisionalmente, tal como dispone el apartado 9 del artículo 37 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público a favor de esta empresa. KPMG Auditores SL. dispone de 10 días hábiles para que cumplimente lo previsto en el Art. 135.4 segundo párrafo *de la LEY 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.*
- que con esta Resolución queda levantada la suspensión de la tramitación del expediente de contratación conforme a lo establecido en el artículo 37.7 *de la LEY 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.*

*Lo que comunico, para su conocimiento y efectos, significándoles que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa, contra la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, se puede interponer recurso contencioso - administrativo, ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Huesca, en el plazo de dos meses, a contar desde la recepción de esta notificación.*

*Todo ello, sin perjuicio de que se pueda ejercitar cualquier otro recurso que estimen pertinente.*

La Presidenta del Consorcio de la CTP



CORINNE GIACOMETTI

En Jaca a 12 de Agosto de 2009