

RESOLUCIÓN DE DESESTIMIENTO AL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN, PROCEDIMIENTO ABIERTO, TRAMITACIÓN ORDINARIA, DEL CONTRATO DE SERVICIOS DE AUDITORIA EXTERNA DE LAS CUENTAS INDIVIDUALES Y CONSOLIDADAS DE CANTUR, S.A., PARA LOS EJERCICIOS 2018, 2019 Y 2020.

Visto el Expediente de Contratación de referencia, 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), el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y demás normativa de general aplicación, se emite el presente informe sobre la base de las siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERA.- En fecha 10 de Agosto de 2018 se emite Informe de Necesidad para la contratación de los SERVICIOS DE AUDITORIA EXTERNA DE LAS CUENTAS INDIVIDUALES Y CONSOLIDADAS DE CANTUR, S.A., PARA LOS EJERCICIOS 2018, 2019 Y 2020.

A la vista del mismo se dicta Resolución de Inicio del Expediente en fecha 10 de Agosto de 2018.

En fecha 10 de Agosto de 2018 se emite Informe sobre la suficiencia financiera al contrato de referencia.

En Agosto de 2018 se elaboran los Pliegos de Condiciones Particulares, aprobándose los mismos en Resolución de fecha 13 de Agosto de 2018 y publicándose el anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el perfil del Contratante de Cantur, S.A, en fecha 17 de Agosto de 2018.

El plazo límite para la presentación de ofertas era el 10 de Septiembre de 2018, habiéndose presentado dentro del mismo diez ofertas.

SEGUNDA.- A la vista del escrito recibido el día 10 de septiembre a las 13:57 emitido por el presidente del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España se da traslado al Director Económico- Financiero de Cantur, S.A., de la comunicación recibida, quién emite informe suscribiendo lo indicado en la misma y que indica que revisada la documentación que forma parte del Expediente de Contratación, y concretamente en el Pliego de Prescripciones Técnicas particulares se han detectado errores en las cláusulas 3 y 8 cláusulas del citado pliego.

TERCERA.- En función de lo anteriormente expuesto, en fecha 11 de Septiembre de 2018 se emite Informe Jurídico por la Asesora jurídica de Cantur, S.A., con el visto bueno de la Directora Jurídica de Cantur, S.A., advirtiendo de un error insubsanable en el pliego de prescripciones técnicas particulares.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- El artículo 152 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), estando el desistimiento del procedimiento fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato, y estando justificado en el expediente la concurrencia de la causa, acordándose la misma antes de su formalización.

En este sentido, el Informe Jurídico favorable al Desistimiento emitido en fecha 11 de septiembre de 2018, indica lo siguiente:

“SEGUNDA.- A la vista del escrito recibido el día 10 de septiembre a las 13:57 emitido por el presidente del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España se da traslado al Director Económico- Financiero de Cantur, S.A., de la comunicación recibida, quién emite informe

suscribiendo lo indicado en la misma y que indica que revisada la documentación que forma parte del Expediente de Contratación, y concretamente en el Pliego de Prescripciones Técnicas particulares se han detectado errores en las siguientes cláusulas del citado pliego:

Cláusula 3 del PPT: Contenido y plazo de presentación del informe de auditoría.

Además de los establecidos en la Ley de Auditoría de Cuentas deberá contener “B)- Limitaciones encontradas en la aplicación de las normas y procedimientos de auditoría. C)- Indicación expresa de las salvedades formuladas en el informe de auditoría del ejercicio anterior que hayan sido solventadas, así como de las que persistan. D)-Referencia a las informaciones y conclusiones obtenidas que por su carácter reservado deban incluirse en informe separado. E)- Mención expresa de cada uno de los incumplimientos de la normativa legal aplicable detectados. F)-Existencia de incertidumbres cuyo resultado final no se pueda evaluar. G)-Debilidades, recomendaciones, conclusiones y todo tipo de salvedades incluidas en el borrador del informe de auditoría en el supuesto de que no hayan sido aceptadas por la empresa auditada. H)- Valoración del cumplimiento de las obligaciones fiscales de la empresa auditada. I)- Expresión de las desviaciones producidas en la ejecución del presupuesto de la empresa auditada. J)- Se incluirá como anexo al informe cualquier otra información suplementaria de interés. En el informe se hará referencia a aquellos aspectos que son objeto de ampliación del anexo”.

El artículo 2 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (en adelante LAC) señala en su apartado 1, que *“La actividad de auditoría de cuentas se realizará con sujeción a esta Ley, a su Reglamento de desarrollo, así como a las normas de auditoría, de ética e independencia y de control de calidad interno de los auditores de cuentas y sociedades de auditoría”* y el apartado 2 señala *“Las normas de auditoría constituyen los principios y requisitos que deben observar los auditores de cuentas en la realización del trabajo de auditoría de cuentas y sobre las que deben basarse las actuaciones necesarias para expresar una opinión técnica responsable e independiente”*.

Así el contenido mínimo del informe de auditoría está delimitado en el Artículo 5 de la LAC y en el artículo 5 del Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre (en adelante RAC). No obstante el informe de auditoría de cuentas anuales deberá ser emitido por los auditores de

cuentas con sujeción al contenido, requisitos y formalidades establecidos en el resto de normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas.

A la vista de tales normas, la cláusula 3 del PPT debe ser corregida.

Cláusula 8 del PPT: Provisión del impuesto sobre sociedades de cada uno de los ejercicios auditados: *“Los auditores deberán calcular la provisión del Impuesto Sobre Sociedades de cada uno de los ejercicios que audite, que se deberá realizar con el objeto de proporcionar las mejores ventajas fiscales, teniendo en cuenta lo dispuesto en el reglamento y la Ley del Impuesto de Sociedades”.*

El citado servicio es incompatible con el servicio de auditoría objeto del contrato, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 16.1.b) 1º de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (en adelante LAC) y en el artículo 46.4 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre (en adelante RAC).

Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas

“Artículo 16. Causas de incompatibilidad.

1.) *En todo caso, se considerará que el auditor de cuentas o la sociedad de auditoría no goza de la suficiente independencia en el ejercicio de sus funciones respecto de una empresa o entidad, además de en los supuestos de incompatibilidad previstos en otras leyes, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias en el auditor de cuentas, la sociedad de auditoría o en los auditores principales responsables del trabajo de auditoría:*

b) Circunstancias derivadas de servicios prestados: 1.º La prestación a la entidad auditada de servicios de contabilidad o preparación de los registros contables o los estados financieros.”

Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre.

“Artículo 46. Causas de incompatibilidad.

4. *Llevanza material o preparación de los estados financieros u otros documentos contables:*

A los efectos de lo previsto en el artículo 13.d) del texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, se entienden incluidos en la actividad de llevanza material o preparación de los estados financieros u otros documentos contables cualquier servicio o actividad relativa a la elaboración de los citados estados o documentos contables, así como la cooperación o participación en su elaboración o preparación o en la de los datos o información que sirvieron de base para elaborar aquellos estados o documentos”.

Por lo anteriormente expuesto el apartado 8 del PPT contempla un servicio distinto al de auditoría que haría al auditor incurrir en una situación de incompatibilidad por tratarse de un servicio prohibido de acuerdo al artículo 16.1b).1º de la LAC y 46.4 del RAC.

Por tanto, existe un error en el Pliego de Prescripciones Técnicas que ha regido la contratación, y del que se han servido los licitadores a la hora de formular sus ofertas.

TERCERA.- El artículo 152 de la LCSP, establece lo siguiente:

“1. En el caso en que el órgano de contratación desista del procedimiento de adjudicación o decida no adjudicar o celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea.

2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.

3. Solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión.

4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación.”

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia, en Informe 6/2016, de 29 de septiembre de 2016, recuerda que el desistimiento es una forma de finalización unilateral de un procedimiento que impone que el ejercicio de esa potestad administrativa se fundamente en la concurrencia de una infracción no enmendable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación. La jurisprudencia exige que se conecte con la consecución de un interés público. Por lo tanto a concreción del desistimiento que puede llevar a cabo el órgano de contratación debe entenderse circunscrita al uso adecuado de la discrecionalidad en su formación interpretativa y adaptada, como elemento jurídico reglado, a respetar la legalidad vigente, lo que exige que las razones del desistimiento se justifiquen en el expediente y que se notifique el acuerdo a las partes interesadas.

En realidad, la posibilidad de que un ente del sector público desista del procedimiento contractual que hubiese iniciado se encuentra regulada en el actual artículo 152 de la LCSP y anteriormente en el artículo 155 *del TRLCSP*

Del artículo 155 del TRLCSP la Junta extrae una serie de requisitos que deben respetarse para que el desistimiento de un contrato por la Administración sea válido. Los siguientes:

- 1.- que el desistimiento sea adoptado por el órgano de contratación antes de la adjudicación del contrato;
- 2.- que concurra una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación,
- 3.- que las razones del desistimiento se encuentren adecuadamente justificadas en el expediente.

Por último, por lo que se refiere al momento en que se puede acordar el desistimiento del procedimiento de contratación, considera que tal decisión puede producirse en cualquier momento anterior a la adjudicación ya que la normativa así lo exige, sin establecer condiciones o requisitos que procedimental las excepciones en algunos casos.

La Resolución nº 197/2014, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que la diferencia de lo que ocurre en la contratación privada, en la que hasta el momento de la celebración del contrato cualquiera de las partes puede desligarse de su intención de contratar, en el ámbito de la contratación pública no es una opción de libre utilización, sino un remedio para evitar perjuicios al interés público, y cita a la Memoria del Consejo de Estado del año 2000 que dice:

“El desistimiento de la Administración no se configura de esta manera como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él.”

Efectivamente, el desistimiento es una forma de finalización unilateral del procedimiento que impone que el ejercicio de esa potestad administrativa se conecte con la consecución de un interés público.

Resolución nº 202/2017 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad De Madrid, de 12 de Julio de 2017, que recoge lo contenido en el Acuerdo 11/2014, de 20 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que argumenta que *“Lo determinante es, por tanto, que exista una infracción de las normas de preparación o de los procedimientos y que éstas, por su relevancia jurídica, sean insubsanables, lo que supone, en la lógica de la dogmática de la invalidez, que exista un vicio de nulidad de pleno derecho, ya que solo son insubsanables los vicios de nulidad, en tanto vicios de orden público.*

No basta, en consecuencia, meras irregularidades, ni vicios que tengan consideración de anulabilidad para poder acordar el desistimiento”.

Como infracciones susceptibles de determinar el desistimiento se han considerado:

- el error en la calificación del objeto del contrato,
- la discordancia entre lo que pretendía contratar la administración convocante y el objeto del contrato según los pliegos,
- la fórmula consignada en los pliegos que haga imposible la valoración de las ofertas o su omisión,
- el conocimiento del contenido de la oferta con anterioridad a la apertura de las proposiciones si hubiera un solo licitador;
- el modo erróneo de exigir la acreditación de la solvencia, etc.”

Analizado lo expuesto hasta el momento, se plantea la posibilidad de proceder a una subsanación o corrección de los Pliegos que han regido la contratación, dando publicidad de la misma por los mismos medios que han regido la licitación. No obstante, y atendido a que ha finalizado el plazo de presentación de ofertas y habiéndose presentado diez licitadores, no cabe subsanar los mismos, puesto que los licitadores se han servido del Pliego de prescripciones técnicas publicado en el perfil del contratante y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, para presentar su oferta.

Visto lo antedicho, y teniendo en cuenta que ha finalizado el plazo de presentación de ofertas, habiendo concurrido a licitación diez empresas, se estima que procede desistir del procedimiento por haber incurrido en un error no subsanable de las normas de preparación del contrato, como es el error en el **“Contenido y plazo de presentación del informe de auditoría”** y el **error en la obligatoriedad de realizar la “Provisión del impuesto sobre sociedades de cada uno de los ejercicios auditados”** recogido en el PPT que han regido la licitación.

En este sentido, en el caso de que el órgano de contratación formalice el desistimiento e inicie un nuevo procedimiento, en el mismo se deberán corregir los defectos insubsanables que se han detectado en el presente.

CUARTA.- El órgano de contratación es el Consejo de Administración de CANTUR, S.A. según lo dispuesto en las instrucciones internas de contratación, el cual ha delegado sus facultades en la materia que nos ocupa en el Presidente del mismo, en virtud de acuerdo del Consejo de Administración de la Sociedad el 31 de agosto de 2015 elevado a público mediante

Escritura de 2 de octubre de 2015, protocolizada ante el Notario del Ilustre Colegio de Cantabria Don Fernando Arroyo del Corral, con el número 1633 y que consta inscrita en el Registro Mercantil de Santander al Tomo 1063, Folio 49, Hoja S-5060, y expresamente por Acuerdo del Consejo de Administración de fecha 27 de Marzo de 2018.”

RESUELVO

PRIMERO.- Desistir del procedimiento de contratación del “**CONTRATO DE SERVICIOS DE AUDITORIA EXTERNA DE LAS CUENTAS INDIVIDUALES Y CONSOLIDADAS DE CANTUR, S.A., PARA LOS EJERCICIOS 2018, 2019 Y 2020** acordándose la misma antes de su adjudicación.

SEGUNDO.- Disponer que se notifique la presente resolución a los licitadores del procedimiento, así como se publique en el Perfil del Contratante de Cantur y en la Plataforma de Contratación del Estado.

En Santander, 12 de Septiembre de 2018

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE CANTUR, S.A.



Fdo.: Francisco L. Martín Gallego

Contra la resolución cabe interponer recurso de alzada ante el Consejero de Innovación, Industria, Turismo y Comercio de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en el plazo de 1 mes contado a partir del siguiente a aquel en que se remita la presente notificación. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Pública.