

INFORME SOBRE LA INFORMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, EN RELACIÓN CON EL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES QUE HA DE REGIR EN EL CONTRATO DE SERVICIOS DE AUDITORÍA EXTERNA DE LAS CUENTAS ANUALES DE CANAL DE ISABEL II, SA Y SOCIEDADES DEPENDIENTES, FUNDACIÓN CANAL DE ISABEL II Y ENTE PÚBLICO CANAL DE ISABEL II PARA LOS EJERCICIOS 2023, 2024 Y 2025

Expediente: UM/081/22

PLENO

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D^a María Ortiz Aguilar

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D^a. María Jesús Martín Martínez

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 15 de noviembre de 2022

I. OBJETO DEL INFORME

El 27 de octubre de 2022 ha tenido entrada en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital un escrito presentado por D. Javier Quintana Navío a través del cual informa, al amparo de lo dispuesto en el art. 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de

Mercado (LGUM, en adelante), de los obstáculos o barreras a la aplicación de esta norma que, a su juicio, derivan de determinadas cláusulas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP, en lo sucesivo) que rige el contrato de servicios de auditoría externa de las cuentas anuales de Canal de Isabel II, SA y sociedades dependientes, Fundación Canal de Isabel II y Ente Público Canal de Isabel II para los ejercicios 2023, 2024 y 2025.

En este punto, conviene poner de manifiesto que, pese a que la persona física informante hace alusión en su escrito al Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España (ICJCE), no menciona que actúe en representación de esta persona jurídica ni lo acredita, por lo que hemos de entender que D. Javier Quintana Navío actúa en su propio nombre y representación. Entre la documentación aportada por éste se incluyen dos escritos, de fechas 22 de septiembre y 26 de octubre de 2022, dirigidas, respectivamente, a Canal de Isabel II, SA y a la CNMC, a través de los cuales se denuncia, en los mismos términos que en el escrito rector del presente procedimiento, la “*vulneración de la competencia*” en la que incurren ciertas cláusulas del PCAP antes identificado. Ambos escritos se hallan firmados por quien dice ser el Presidente del ICJCE (D. Ferrán Rodríguez Arias), que no es la misma persona que ha presentado el escrito sobre el que versa este informe.

Hecha la anterior precisión, se exponen sucintamente a continuación los motivos por los cuales D. Javier Quintana Navío ha solicitado el inicio del procedimiento previsto en el art. 28 LGUM.

Con carácter previo, interesa dejar constancia de que el objeto del contrato, definido en el punto 1 del anexo I del PCAP, es “*la prestación de los servicios profesionales para la realización de la auditoría externa de las cuentas anuales de Canal de Isabel II, S.A. y sociedades dependientes, del Ente Público Canal de Isabel II y de la Fundación Canal de Isabel II para los ejercicios finalizados el 31 de diciembre de 2023, 2024 y 2025 respectivamente, así como determinados procedimientos acordados de revisión limitada a esas mismas fechas y otros servicios profesionales.*”

Alega el informante en su escrito que el punto 5.1 B) apartado 2 del anexo I del PCAP y el punto 5.3 apartado 1 del mismo anexo contienen previsiones contrarias “*a los principios de igualdad y no discriminación y a la libre competencia previstos en el artículo 1.1 LCSP y a lo establecido en la Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la CNMC, contravienen lo dispuesto en los arts. 90 y 74.2 así como en el art. 76.3 LCSP, e introducen barreras y obstáculos a la prestación de servicios.*”

El punto 5 del anexo I del PCAP lleva por rúbrica “*Solvencia económica y financiera, y técnica o profesional*”, y los apartados del mismo a los que se refiere el escrito del sujeto informante dicen así:

“5.1 Requisitos y criterios de solvencia económica y financiera, y técnica o profesional.

(...)

B) Requisitos y criterios de solvencia económica y financiera, y técnica o profesional que el licitador podrá integrar en la forma prevista en el artículo 75 de la LCSP (Integración de la solvencia con medios externos), de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5.2.B) siguiente.

(...)

2. *Experiencia en la ejecución de servicios análogos: los licitadores deberán haber realizado como mínimo CUATRO (4) servicios análogos a los del presente Contrato ("servicios de auditoría de cuentas") ejecutados en los TRES (3) últimos años anteriores a la fecha de publicación del PCAP en el perfil de contratante de Canal de Isabel II, S.A., (www.madrid.org) con las siguientes características para cada uno de los Servicios:*

o CUATRO (4) Servicios de auditoría de Estados Financieros Consolidados bajo NIIF-EU o IFRS a Grupos de Sociedades consideradas Entidades de Interés Público, con un importe en el epígrafe de "Ingresos ordinarios" del Estado de Resultados Consolidado igual o superior a mil (1.000) millones de euros.

(...)

5.3 Además de acreditar su solvencia o, en su caso, la clasificación, los licitadores se deberán comprometer a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios referidos en el presente apartado 5.3. En el contrato que se formalice con Canal de Isabel II, S.A. se recogerá el compromiso anteriormente referido. Esta obligación tendrá carácter esencial de conformidad con lo previsto en el artículo 211.1 f) de la LCSP y cláusula 39 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

1. *Adscripción de medios personales al contrato:*

*Los licitadores deberán disponer en **cada uno de los países de España, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Uruguay y Brasil, como mínimo**, con los siguientes perfiles asignados a los servicios objeto del contrato que deberán ser personas diferente:*

- UN (1) AUDITOR FIRMANTE DE LA AUDITORÍA con una experiencia al menos de OCHO (8) años en servicios de auditoría y que haya firmado al menos CINCO (5) informes de auditoría de Estados Financieros Consolidados bajo NIIF-EU-E o IFRS.*
- UN (1) AUDITOR ENCARGADO DE LA AUDITORÍA, con al menos TRES (3) años de experiencia como Auditor Encargado de auditoría en servicios de auditoría de Estados Financieros Consolidados bajo NIIF-EU o IFRS.*

- *UN (1) JEFE DE EQUIPO, ton al menos DOS (2) años de experiencia como Jefe de Equipo en servicios de auditoría de Estados Financieros Consolidados bajo NIIF-EU o IFRS.”*

El anuncio de la licitación fue publicado en el perfil del contratante el día 29 de agosto de 2022¹.

Con fecha 28 de octubre de 2022, la Secretaría para la Unidad de Mercado (SUM, en adelante) ha dado trasladado a la CNMC de la documentación presentada por D. Javier Quintana Navío para la formulación de aportaciones en el procedimiento iniciado, de conformidad con lo establecido en el apartado 4 del art. 28 LGUM.

II. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

Tras la reforma operada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (en vigor desde el 19 de octubre de 2022), el art. 2 LGUM delimita su ámbito de aplicación en los términos que siguen:

“1. Esta ley será de aplicación al acceso a actividades económicas que se prestan en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.

2. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta ley las materias del ámbito tributario.”

El concepto de “actividad económica” es definido en el apartado b) del anexo de la LGUM como “*cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios*”. Se añade a continuación, fruto de la modificación introducida por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, que “*no se incluyen dentro de este concepto las actividades relativas a la reserva o al ejercicio de potestades públicas, jurisdiccionales o administrativas ni la regulación de las relaciones laborales por cuenta ajena o asalariadas.*”

En el caso que nos ocupa, la actividad en relación con la cual se informa a la SUM es la contratación por una entidad perteneciente al sector público de los servicios de auditoría externa de las cuentas anuales de la entidad contratante y de las sociedades de ella dependientes que se especifican, por lo que nos hallamos ante una actividad económica sometida a la LGUM.

Además, dispone el art. 9 del mismo cuerpo normativo:

“1. Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y

¹ [Perfil del contratante de Canal Isabel II, SA.](#)

proporcionalidad de sus actuaciones, simplificación de cargas y transparencia

2. En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior:

(...)

c) La documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos públicos. (...)

III. ANÁLISIS DEL CASO OBJETO DE INFORME

Desde el punto de vista de la LGUM, hemos de analizar si los puntos del anexo I del PCAP a los que se refiere el solicitante establecen requisitos para la adjudicación del contrato contrarios a los principios de necesidad y proporcionalidad consagrados en el art. 5 de aquella ley. Dispone el precepto mencionado en su redacción actual:

“1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio, o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá guardar relación con la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser proporcionado de modo tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

3. La necesidad y proporcionalidad de los límites o requisitos relacionados con el acceso y el ejercicio de las profesiones reguladas se evaluará de conformidad con el Real Decreto 472/2021, de 29 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2018/958, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones.”

Fuera de toda duda queda el que para celebrar contratos con el sector público los empresarios deben acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación, pues así lo establece el art. 74.1 LCSP.

Ahora bien, como destaca la Sentencia, de 13 de octubre de 2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (rec. 3/2018), el art. 5 LGUM remite a un juicio comparativo entre el alcance de la cláusula controvertida y las necesidades derivadas de la adecuada prestación del servicio que se pretende contratar, las cuales, añade la sentencia, se han de justificar en el pliego de prescripciones técnicas particulares.

Al respecto, y en relación con el punto 5.1 B) apartado 2 del anexo I del PCAP, en la solicitud de inicio del procedimiento se hace constar lo siguiente:

“El ICJCE razonaba en su escrito que el importe de ingresos ordinarios del Grupo no es elemento determinante para acreditar los “conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad” del licitador, acreditación que constituye la razón de ser de los requisitos de solvencia técnica (art. 90.1 LCSP), y que dicho importe era desproporcionado al ser superior al importe de ingresos ordinarios del Grupo a que se refiere la licitación, contraviniendo el art. 74.2 LCSP. Con ello se impedía el acceso a la licitación a las firmas que reúnen experiencia en auditorías de Grupos de consolidados con un importe de ingresos ordinarios no solo menor, sino también similar al de Canal de Isabel II, S.A., o incluso superior (si no alcanzan esos ingresos), y que están igualmente capacitadas para la ejecución de estos trabajos. Por tanto, se producía un efecto intensamente restrictivo de la competencia, que se agravaba al ser 4 los trabajos de esas características que el licitador debía acreditar haber realizado en los 3 últimos años, ya que ello exigiría haber realizado al menos 2 auditorías de esas características en 1 de los 3 años, restringiendo aún más el nº de firmas que podrían optar a la licitación.”

En efecto, ni en el PCAP ni en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP, en lo sucesivo), que no ha sido aportado por el informante, pero se ha consultado en el Perfil del contratante de Canal de Isabel II, SA, se justifica la exigencia de que para acreditar la solvencia económica y financiera de los licitadores sea relevante el importe de ingresos ordinarios y que su volumen sea igual o superior a 1.000 millones de euros. Por tanto, el punto 5.1 B) apartado 2 del anexo I del PCAP resulta contrario a los principios de necesidad y proporcionalidad previstos en el art. 5 LGUM, ya que no se ha justificado que la exigencia que se establece en aquél, tal y como ha sido configurada (es decir, en función del importe de ingresos ordinarios) sea necesaria para garantizar la correcta ejecución del contrato ni que el concreto volumen de ingresos ordinarios fijado como límite mínimo sea proporcionado a tal fin.

Asimismo, no se aprecia una justificación suficiente a la exigencia de un mínimo de cuatro servicios con las características del licitado durante los tres últimos

años previos a la publicación del PCAP en el perfil del contratante. Tampoco se ha justificado la necesidad y proporcionalidad de exigir la ejecución de un número mínimo de contratos análogos superior a uno para acreditar la solvencia técnica o profesional de los licitadores. Por lo que se refiere al punto 5.3 apartado 1 del anexo I del PCAP, se alega en la solicitud de inicio del procedimiento lo siguiente:

“El ICJCE razonaba en su escrito que esta exigencia no estaba justificada, no era razonable ni proporcionada respecto de Rep. Dominicana y Uruguay, donde -según el propio PCAP- no habrían de realizarse ese tipo de trabajos, restringiendo así también la participación de empresas en la licitación, en contra del art. 76.3 LCSP.”

Sin embargo, de la prescripción 2 del PPTP resulta que el servicio que se pretende contratar comprende la auditoría de las sociedades del Grupo Canal de Isabel II domiciliadas en el extranjero, y en el anexo II del PPTP referido a la estructura societaria del grupo, también disponible en el Perfil del contratante, consta que hay una sociedad del grupo cuyo domicilio social se halla en República Dominicana y otra cuyo domicilio social se ubica en Uruguay, por lo que no cabe acoger en este caso la argumentación que se hace valer por D. Javier Quintana Navío en su escrito.

IV. CONCLUSIONES

En virtud de lo hasta ahora expuesto, se formulan las siguientes conclusiones:

1ª.- La exigencia contenida en el punto 5.1 B) apartado 2 del anexo I del PCAP que rige el contrato de servicios de auditoría externa de las cuentas anuales de Canal de Isabel II, SA y sociedades dependientes, Fundación Canal de Isabel II y Ente Público Canal de Isabel II para los ejercicios 2023, 2024 y 2025, consistente en que para reunir las condiciones de solvencia requeridas los licitadores deben acreditar haber prestado un mínimo de cuatro servicios de auditoría a grupos de sociedades en los tres últimos años cuyo importe en el epígrafe de "Ingresos ordinarios" del Estado de Resultados Consolidado sea igual o superior a 1.000 millones de euros, es contraria a los principios de necesidad y proporcionalidad reconocidos en el art. 5 LGUM, ya que no se ha justificado por el órgano de contratación que para la adecuada prestación del servicio sea relevante el importe de ingresos ordinarios y que su volumen sea igual o superior a 1.000 millones de euros, así como que para acreditar la solvencia técnica o profesional deba haberse ejecutado un número mínimo de contratos análogos superior a uno en los tres últimos años.

2ª.- En cambio, la exigencia de medios personales que se establece en el punto 5.3 apartado 1 del anexo I del PCAP en relación con República Dominicana y Uruguay no constituye un obstáculo o barrera a la aplicación de la LGUM porque, según la prescripción 2 del PPTP y el anexo III del mismo,

el servicio que se pretende contratar comprende la auditoría de las sociedades del Grupo Canal de Isabel II domiciliadas en el extranjero, y en éste se integra una sociedad cuyo domicilio social se halla en República Dominicana y otra cuyo domicilio social se ubica en Uruguay.