



EB 2014/9

Resolución 18/2014, de 24 de febrero de 2014, del suplente del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularraren ordezkoa, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ZIBE PRODUCCIONES, S.L., contra la adjudicación de los lotes 3 y 4 del contrato cuyo objeto es “servicios de grabación de imágenes y sonidos con unidades móviles de televisión”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 24 de enero de 2014, la empresa ZIBE PRODUCCIONES, S.L. interpuso ante este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales/Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO) recurso especial contra el acuerdo de adjudicación de los lotes 3 y 4 del contrato de “servicios de grabación de imágenes y sonidos con unidades móviles de televisión”.

SEGUNDO: El mismo día 24 de enero de 2014 se solicitó el expediente de contratación a Euskal telebista S.A.U., el cual fue registrado en el libro de entradas del OARC/KEAO junto con el informe al que hace referencia el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) el 29 de enero de 2014. Trasladado el recurso a los interesados el 5 de febrero de 2014, se han recibido alegaciones de la empresa Pixel Ikus-Entzunezko Ekoizpenal, S.L. el 11 de febrero de 2014.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente constan la legitimación del recurrente y la representación de quien actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 b) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación:

- b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros.

El acto que se recurre se refiere a un contrato de servicios que por razón de su objeto (Categoría 26 del Anexo II del TRLCSP) no se halla sujeto a regulación armonizada y cuyo valor estimado asciende a 2.144.000 euros.



TERCERO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso «los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores». El acto recurrido es precisamente un acuerdo de adjudicación.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, Euskal Telebista S.A.U. (en adelante, ETB) tiene la condición de poder adjudicador que no es administración pública, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.3 b) TRLCSP, y el contrato de servicios cuya adjudicación se impugna no se halla sujeto a regulación armonizada. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 TRLCSP la adjudicación del contrato estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y con sujeción a las instrucciones, de obligado cumplimiento interno, aprobadas por los órganos competentes, en las que se regularán los procedimientos de contratación de forma que garanticen la efectividad de los principios anteriormente enunciados y que el contrato sea adjudicado a quien presenta la oferta económicamente más ventajosa.

SEXTO: Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El ordenamiento legal (artículos 54.1 y 62.1 del TRLCSP es taxativo a la hora de exigir una aptitud para contratar, acreditable mediante la demostración plena de contar con la solvencia exigida y el pliego de cláusulas jurídicas (en adelante, PCJ) emplaza a los licitadores a que cumplan el requisito de la solvencia profesional y técnica con una acreditación de contar, esto es, disponer los medios técnicos y humanos requeridos por el Pliego de condiciones técnicas (en adelante, PCT) para la prestación del servicio. La oferente declara cumplir en el momento de concurrir a la licitación con los requisitos de solvencia técnica exigidos en la contratación, lo que equivale a acreditar que a fecha 20 de agosto de 2013 cumple con las exigencias del PCT respecto a los requisitos técnicos y humanos exigidos. La prescripción del artículo 64.2 del TRLCSP y la cláusula 11.2.1.7 del PCJ, según la cual los licitadores, además de su solvencia, asumen el compromiso de adscribir los medios personales o materiales suficientes para la ejecución del contrato constituye un complemento al requisito principal de la solvencia técnica.

b) Ante las dudas razonables que el recurrente alberga sobre la acreditación por parte de la empresa adjudicataria de los lotes 3 y 4 del cumplimiento de la solvencia técnica mínima exigida, en concreto la consistente en contar con los medios técnicos y humanos requeridos como mínimo en el PCT, entre los que se encuentra disponer de unidad móvil homologada por industria ITV de UM de TV, se ha solicitado al poder adjudicador acceder al expediente de contratación pero no se les ha dado a conocer ni los requerimientos efectuados por el



órgano de contratación al adjudicatario de los citados lotes ni la documentación aportada por éstos así como tampoco el grado de verificación por el adjudicatario de la solvencia técnica exigida. No obstante, manifiesta su firme convencimiento de que la adjudicataria de los lotes impugnados no cuenta a la fecha de la declaración responsable de un vehículo dotado del equipamiento técnico necesario homologado por ITV como UTM. Poco importa que exista en el expediente el compromiso de adscripción de medios pues lo relevante es que la oferta, en el momento de presentar las proposiciones, no cumple los pliegos en el extremo de la solvencia técnica, de lo que resulta intrascendente que a 9 de diciembre de 2013 se certifique por el responsable del servicio de contratación que los medios técnicos requeridos y comprometidos son correctos.

c) El órgano de contratación acordó la exclusión de la empresa Laser Audiovisuales, S.L. del procedimiento de adjudicación de los lotes 3 y 4 por insuficiencia de los medios técnicos requeridos pues las cláusulas 3.3.1.d y 3.4.1.d del PCT exigían una mesa de mezclas con 8 entradas y el proponente disponía de un modelo con 7 entradas y, para dar cumplimiento a los principios de legalidad e igualdad se debería haber procedido de igual manera con la proposición de la adjudicataria.

d) Solicita la apertura de una fase de prueba al objeto de que se aporte al expediente certificación de la descripción del vehículo/s y matrícula que la empresa Pixel compromete para la prestación del servicio de los Lotes 3 y 4, documentación acreditativa de la homologación de industria como unidad móvil de televisión, con especial referencia a la fecha de la ITV de UMT, contenido de los requerimientos realizados por el órgano de contratación a Pixel, en su caso, y las respuestas ofrecidas por la empresa, fecha en la que el órgano de contratación se dirige a Pixel para que presente la documentación justificativa a que se refiere el artículo 151.2 del TRLCSP, así como certificación expedida por el departamento de Desarrollo Económico y Competitividad sobre la fecha en la que los vehículos puestos a disposición por Pixel para la prestación del servicio de los lotes 3 y 4 han pasado la ITV que les homologa como UMTs.

SÉPTIMO: La empresa Pixel ikus-entzunezko ekoizpenak, S.L. opone los siguientes argumentos:

a) El PCJ exige la declaración responsable de contar con los medios mínimos exigidos por el PCT para la prestación del servicio pero no cuando se ha de acreditar la disposición de los mismos y considera que es desproporcionado y contrario al principio de libertad de acceso consagrado en el artículo 1 TRLCSP interpretar los pliegos en el sentido de exigir la plena disposición de los medios técnicos en el momento de formular la declaración de solvencia.

b) La solvencia técnica puede, entre otros medios, acreditarse mediante una declaración de maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá en la ejecución de los trabajos (art. 78.h TRLCSP), lo que no es posible es anudar a la solvencia la disposición efectiva y anterior a la licitación de los concretos



medios materiales y técnicos con las dotaciones equipamentales requeridas en el PCT para la prestación del servicio.

OCTAVO: Por su parte, el poder adjudicador solicita la desestimación del recurso con base en los siguientes argumentos:

a) Con carácter previo realiza unas consideraciones sobre el alcance de la confidencialidad. Considera que ni la confidencialidad puede comprender la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario ni la transparencia puede implicar el acceso incondicionado al expediente de contratación y a los documentos que contiene. En el conflicto entre el derecho a la defensa de un licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario se ha de buscar el equilibrio adecuado (entre otras, Resolución nº 199/2011 y nº 62/2012 del TACRC), concluyendo de esta doctrina que tiene carácter confidencial (i) la documentación facilitada por los licitadores para acreditar su solvencia económica y financiera y técnica o profesional porque así lo establece el artículo 12 RGCAP y (ii) los datos de carácter personal objeto de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en cambio, no tendrá carácter confidencial la información que conste en registros públicos y que, además, sea de acceso público. En lo que respecta al acceso al resto de documentos señalados en el recurso (organización y forma de prestación del servicio, los materiales técnicos utilizados y las mejoras adicionales ofertadas), se debe partir de lo establecido en los artículos 140 y 153 del TRLCSP de los cuales se deriva que es el empresario quien debe identificar la documentación e información que considera confidencial y los motivos o circunstancias en base a los cuales se reconoce este carácter.

b) Sobre el acceso facilitado al recurrente señala que, una vez ponderados los intereses en juego y teniendo en cuenta que la información solicitada comportaba la existencia, en un sector tan reducido y tecnificado como es el de la producción audiovisual, de un riesgo de lesión para los intereses de los empresarios, se ha considerado confidencial en relación al sobre nº 1, por incorporar la forma de organizar los equipos de trabajo, la fórmula de optimización de los recursos y el sistema de atención de incidencias (i) los documentos acreditativos de la personalidad del empresario y su ámbito de actividad (ii) los documentos que acrediten la personalidad del firmante de la solicitud de participación (iii) los que acrediten la solvencia económica, financiera, profesional y técnica. En relación con el sobre nº 2, por representar el elemento cualitativo en el que se basa la decisión, la documentación referente a (i) Metodología de trabajo para la gestión del servicio, (ii) gestión de las incidencias del servicio y (iii) mejoras del servicio.

c) La denuncia efectuada por el recurrente no se prueba.

d) Considera que a efectos de la resolución del recurso lo que procede es examinar si conforme al régimen jurídico de la licitación la adjudicataria ha acreditado suficientemente en los términos requeridos en cada fase de la licitación los parámetros de aptitud técnica impuesta en los pliegos "lex



contratus". En este sentido, el PCJ no prevé que los candidatos tengan que aportar y menos identificar los medios técnicos y humanos y menos aún aportar documentación complementaria al respecto, de haberlo requerido, se hubiera previsto en el pliego. La fórmula de acreditación de solvencia mediante declaración responsable responde íntegramente a los mecanismos que han quedado definitivamente incorporados a la normativa contractual por la modificación operada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo al emprendedor. De acuerdo con esta fórmula solo el licitador a cuyo favor recaiga la propuesta de adjudicación deberá acreditar en el plazo habilitado al efecto que cumple con las mencionadas condiciones y medios comprometidos. La verificación de estos extremos en ningún caso puede convertirse en una tarea que implique una complejidad excesiva de los procedimientos de contratación que, o bien no podría ser resuelta, o lo sería con graves y serias dilaciones en perjuicio del interés público (Informe 1/1994, de 3 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa). Estas verificaciones consistieron en comprobar que estos medios tecnológicos (i) se encuentran efectivamente a disposición de la entidad seleccionada, (ii) son correctos y (iii) compatibles con los sistemas propios de la Entidad Contratante. Retrotraerse al momento de adquisición y/o homologación de cada uno de los elementos que resultan necesarios para presentarse a la licitación, a la presentación de ofertas, resultaría inasumible para cualquier entidad del sector público.

e) En la medida de que no se requería identificar en la declaración de solvencia cuales eran los medios concretos (en el caso de la UMT, la matrícula), sino que bastaba con declarar que se contaba con ellos, el hecho de que el vehículo inspeccionado el 9 de diciembre de 2013 tuviera o no homologación de ITV en fecha de la declaración responsable (20 de agosto de 2013), resulta irrelevante. Es decir, Pixel correctamente ha podido declarar a 20 de agosto de 2013 contar con un vehículo homologado por ITV como UMT en base a uno o varios vehículos que tuviera en esas fechas y sin embargo poner a disposición del servicio otro nuevo vehículo adquirido antes del plazo de 10 días habilitado por ETB para la presentación de documentación y verificación de elementos técnicos. Determinar aleatoria y sobrevenidamente qué aspectos deberán acreditarse mediante documentación complementaria no solo desnaturalizaría por la modificación introducida por la LAE de reducción de cargas administrativas y que ha ilustrado la fórmula del procedimiento de contratación sino que además resultaría discrecional y contraria a los principios de igualdad y seguridad jurídica.

f) De todo lo referido, cabe concluir que (i) la Mesa de contratación actuó correctamente al solicitar, discrecionalmente, documentación complementaria de solvencia a PIXEL que no ha sido requerida a ningún otro licitador, (ii) en el plazo previsto en el pliego, instrucciones de contratación y supletoriamente en el TRLCSP, se ha constatado que Pixel cuenta con los elementos técnicos y personales solicitados como mínimo en el PCT y (iii) resulta irrelevante la fecha en que el vehículo inspeccionado y puesto a disposición del contrato obtuviera la homologación de ITV.

g) En cuanto a la alegación efectuada por la recurrente sobre la exclusión de la candidata Laser Audiovisuales, S.L., considera que nada o poco tiene que ver



con lo que la recurrente solicita en suplica del recurso. Esta candidata listaba las características del equipamiento del que disponía en el sobre nº 2 por lo que al constatar la mesa de contratación que su oferta no se adecuaba a lo exigido en el PCT se propuso su exclusión.

h) La solicitud efectuada por la recurrente de la apertura de una fase para la práctica de prueba debe ser desestimada pues resulta irrelevante la fecha de obtención de ITV del vehículo puesto a disposición del servicio, si bien manifiesta su disponibilidad para certificar este extremo de considerarlo conveniente este Órgano resolutorio.

NOVENO: La única cuestión a dilucidar en el presente recurso es si la adjudicataria de los lotes 3 y 4 disponía de la solvencia técnica y profesional necesaria para ejecutar el contrato.

En las instrucciones internas de las que se ha dotado Euskal Telebista S.A.U.¹ para regular sus procedimientos de adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada, que son de obligado cumplimiento según señala el artículo 191.b) del TRLCSP, se especifica en su artículo 8.1 que sólo podrán contratar las personas naturales o jurídicas que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en las prohibiciones para contratar previstas en el artículo 60.1 del TRLCSP y acrediten su solvencia económica, financiera, técnica y profesional en la forma que se exija en la solicitud de la oferta, en el anuncio de licitación o en el pliego.

Conforme a reiteradísima jurisprudencia, los pliegos son la Ley del contrato, y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por los licitadores, por lo que, en virtud del principio de actos propios, y teniendo en cuenta que nadie interesado en el contrato impugnó los pliegos en su día, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos, que son ley entre las partes. En consecuencia, teniendo en cuenta que los pliegos no han sido impugnados, la acreditación de la solvencia técnica y profesional habrá de ajustarse a lo indicado en los mismos.

Con carácter general cabe indicar que la solvencia es el conjunto de condiciones técnicas, financieras, económicas y profesionales que deben concurrir en una empresa para que se considere que es capaz de ejecutar con garantías las prestaciones propias de un contrato. No hay, por lo tanto, empresas solventes en abstracto, sino empresas solventes en relación a un concreto contrato y por ello se debe especificar en los pliegos del contrato el umbral mínimo de solvencia exigido así como los medios probatorios del cumplimiento de dicha solvencia teniendo en cuenta que los umbrales de solvencia exigibles deben ser proporcionados al objeto del contrato para no

1

http://www.hornitzaileak.eitb.com/documentos/2011%2012%2026_Instrucciones%20para%20la%20regulacion%20contratos%20no%20SARA%20del%20ente%20publico%20EITB%20castellano%20%20FDO%20PUBLI.pdf



crear obstáculos a la competencia, (STJ de 27/10/2005, C-234/03; ver también el informe 36/07 de la JCCA y la Resolución del TACRC 139/2011).

Centrándonos en el contrato cuya adjudicación se impugna, en el apartado h del cuadro de características del PCJ se solicita la siguiente solvencia:

H SOLVENCIA

(...)

2. Para cada LOTE al que se presenten los licitadores deberán acreditar mediante declaración responsable contar los medios técnicos y humanos requeridos como mínimos en el PCT para la prestación del servicio. Dicha declaración deberá ser conformada según el Anexo II del PCJ.

NOTA: a efectos de comprobar de comprobación del punto 2 de solvencia profesional y técnica, la EC se reserva la facultad de realizar una revisión sobre los medios técnicos acreditados por el licitador y requeridos como mínimo en el PCT.

El medio de acreditación exigido es la presentación de una declaración responsable y el umbral de solvencia exigido se refiere a la disponibilidad de los medios técnicos y humanos requeridos como mínimos en el PCT. Es decir, en esta fase del procedimiento no hay que aportar más medio probatorio que el de la declaración responsable. Además, se ha de tener en cuenta que el PCT no contiene una descripción de los medios técnicos y humanos mínimos a efectos de acreditar la solvencia técnica o profesional de los licitadores sino que expresa las prescripciones técnicas que han de regir la realización de la prestación. El recurrente considera erróneamente que la declaración responsable solicitada es equivalente a la acreditación de que en esta fase del procedimiento, el de la licitación, es el momento al que se debe referir la disponibilidad de todos los medios para la ejecución del contrato. Es decir, que todos los licitadores al contrato habían de acreditar en este momento del procedimiento, el de la finalización del plazo de presentación de ofertas, la disponibilidad de los medios humanos y técnicos requeridos en el PCT para la prestación del servicio.

A juicio de este órgano se trata de una interpretación incorrecta de las cláusulas de los pliegos pues en las cláusulas 3.3.1 (lote 3) y 3.4.1 (lote 4) del PCT, la exigencia de disponer de un vehículo con una determinada dotación le corresponde a la empresa adjudicataria del contrato. Así se expresan las citadas cláusulas, que son iguales en su redacción:

«(...)

Asimismo para la correcta prestación de los servicios de UMT's objeto de la contratación en el presente lote, la empresa que resulte adjudicataria deberá dotar a los equipos, además de con **UN (1) vehículo**, con la siguiente **dotación de equipamiento técnico:**

(...)

j. Unidad móvil homologada por industria e ITV de UM de TV»

Según estas cláusulas la disponibilidad real y efectiva del vehículo homologado por industria e ITV será exigible al adjudicatario, no al licitador. Así, el cumplimiento de este requisito será necesario para la ejecución del contrato pero no para licitar al mismo. Además, hay que tener en cuenta que los licitadores han presentado el compromiso de adscribir los medios humanos y



técnicos necesarios para la ejecución del contrato y su incumplimiento puede ser causa de resolución del contrato o puede dar lugar a la imposición de sanciones a tenor de lo dispuesto en la cláusula 21.1 del PCJ. Téngase en cuenta que, además, este Órgano resolutorio puede ser cauce de revisión de los actos preparatorios del contrato y de su adjudicación pero carece de competencia en lo que respecta a los actos derivados de la ejecución del contrato.

La exigibilidad de la disposición real y efectiva del medio técnico exigido en el PCT al adjudicatario en la ejecución del contrato también es acorde con el principio de concurrencia al que debe ajustarse la entidad contratante en sus contratos no sujetos a regulación armonizada (artículo 3.1 de sus instrucciones internas), pues el interpretar que todos los licitadores deben ostentar la disponibilidad real y efectiva en la fase de licitación de todos los medios humanos y materiales relacionados en el PCT, carece de proporcionalidad con la finalidad perseguida en la fase de selección del contratista, la de obtener la oferta económicamente más ventajosa, pues puede cerrar la posibilidad de competir a empresas de dimensión y capacidad suficiente para ejecutar correctamente el objeto del contrato pero que en el momento de la licitación no dispongan de alguno de los elementos exigidos en los pliegos o que no puedan concurrir empresas menos dotadas de medios pero dispuestas a realizar las ofertas económicamente más ventajosas.

En resumen, el recurso debe ser desestimado por haber aportado la adjudicataria del contrato el medio de prueba de la solvencia exigido en el PCT y la supuesta falta de solvencia denunciada por la empresa recurrente se refiere a la acreditación de un medio de ejecución del contrato exigible, según el PCT, a la empresa adjudicataria, no a las licitadoras.

Supuesto diferente es el de la exclusión de la oferta contractual de la empresa Laser Audiovisuales, S.L., la cual contenía una propuesta de ejecución del contrato (realización del servicio con una mesa de mezclas de 7 entradas) que contravenía las prescripciones del PCT (mesa de mezcla con 8 entradas) y, por consiguiente, no satisface los requerimientos solicitados, siendo ésta una de las causas de exclusión previstas en la cláusula 15 del PCJ (error de la proposición en los requisitos exigidos).

DÉCIMO: La apertura de la fase probatoria solicitada por la recurrente no resulta procedente pues la resolución del recurso no conlleva despejar ninguna duda sobre los hechos alegados. Si bien el recurso se basaba en la duda que alberga la recurrente sobre la fecha de la obtención de la ITV por el vehículo a utilizar en la prestación del servicio, lo cierto es que esta circunstancia ha resultado irrelevante para la resolución de la controversia planteada, la cual ha podido ser resuelta sobre la base de los elementos que figuran en el expediente, básicamente los pliegos del contrato, a los cuales ha tenido acceso el recurrente. Por esta misma razón, por sustentarse la pretensión de la recurrente en el único motivo de impugnación de la falta de solvencia de la adjudicataria y por no establecer conexión entre la falta de transparencia y la



pretensión, no se entra a analizar el tratamiento de la confidencialidad que ha efectuado el poder adjudicador en este contrato.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el sustituto del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por la empresa ZIBE PRODUCCIONES, S.L., contra la adjudicación de los lotes 3 y 4 del contrato cuyo objeto es “servicios de grabación de imágenes y sonidos con unidades móviles de televisión”.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática derivada del artículo 45 TRLCSP, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 47. 4 TRLCSP.

TERCERO: 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.

CUARTO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP

Vitoria-Gasteiz, 2014ko otsailaren 20a
Vitoria-Gasteiz, 20 de febrero de 2014