



EB 2021/112

Resolución 154/2021, de 28 de septiembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE BPXPORT XXI S.L.U. y AGUA Y JARDIN, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de mantenimiento de las piscinas municipales y el resto de instalaciones deportivas”, tramitado por el Ayuntamiento de OYÓN-OION.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 24 de junio de 2021 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE BPXPORT XXI S.L.U. y AGUA Y JARDIN, S.L. (en adelante, UTE OION) contra la adjudicación del contrato de “Servicio de mantenimiento de las piscinas municipales y el resto de instalaciones deportivas”, tramitado por el Ayuntamiento de OYÓN-OION.

SEGUNDO: El mismo día 24 se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron la copia del expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 56.2 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). El expediente se recibió el 29 de junio, mientras que el informe no ha sido remitido a la fecha de emisión de la presente resolución.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 1 de julio, se han recibido el día 9 de julio las alegaciones de la mercantil OCIO SPORT RIOJA SLU (en adelante, OCIO SPORT), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de S.M.C. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de OYÓN-OION tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

- a) El recurrente alega que la adjudicación se ha realizado a una empresa que no cumple con el requisito de la clasificación exigido por la carátula, por lo que debió ser excluida. Asimismo, no basta con haber acreditado la solvencia de acuerdo con lo establecido en el pliego, pues también ha de cumplirse con la clasificación exigida por ser acumulativas ambas acreditaciones.
- b) El acuerdo de adjudicación infringe el pliego al fijar como precio global del contrato la cantidad anual de 290.400 € cuando dicha cantidad debiera comprender la total duración del contrato (40 meses).
- c) Se ha vulnerado el derecho de acceso al expediente, pues no se le ha permitido su visionado.
- d) Finalmente, solicita la exclusión de la empresa adjudicataria y, por consiguiente, la adjudicación del contrato a la recurrente; subsidiariamente, se conceda el acceso al expediente para completar el recurso.

SÉPTIMO: Alegaciones de OCIO SPORT

La adjudicataria impugnada alega, en resumen, lo siguiente:

- a) La única finalidad que persigue la recurrente es la de procurarse la continuidad del servicio durante el periodo estival y dificultar el cambio de contratista.
- b) La alegante ha acreditado de forma indubitada la solvencia técnica exigida en atención al objeto del contrato. Además, este aspecto relativo a la clasificación y la acreditación de la solvencia fue objeto de una aclaración por parte del poder adjudicador ante las consultas efectuadas.



c) La alegación relativa al error del importe de adjudicación no es más que la constatación de un error material o de hecho que la administración puede rectificar en cualquier momento.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación, que por no haber sido impugnados en tiempo y forma vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación:

CARÁTULA DE CARACTERÍSTICAS PARTICULARES

B.1. Presupuesto de Licitación (cláusula 3.A)	Importe global (cifra) 304.920:	(letra) Trescientos cuatro mil novecientos veinte euros:	
	IVA (cifra) 52.920	(letra) Cincuenta y dos mil novecientos veinte euros	
B.2. Valor estimado del contrato (Iva Excluido) (cláusula 3.B)	Cifra: 252.000,00		
	Letra: doscientos cincuenta y dos mil euros		
B.3. Financiación por el ayuntamiento de Oyón-Oion (cláusula 4.A y C)	Ejercicio	Partida Presupuestaria	Importe
	2021	227001 163	76.230
	2022	227001 163	76.230
	2023	227001 163	76.230
	2024	227001 163	76.230

G. Clasificación del Contratista (cláusula 9.A.5)	Grupo		Subgrupo	Categoría
	O		6	C
H.1. Solvencia del contratista (cláusula 9.A y B)	Económica y financiera	- Cifra anual de negocios en ejecución de servicios - Patrimonio neto del último ejercicio económico - Ratio activos y pasivos del último ejercicio económico		
	técnica	- Contratos similares en los cinco últimos ejercicios - Indicación del personal técnico del control de calidad en la ejecución de las obras - Certificado de gestión de calidad medioambiental		

(...)

ACLARACIÓN A LAS CONSULTAS EFECTUADAS:



5. La clasificación empresarial que piden en la carátula O,6,C ¿es solo para la solvencia o es condición indispensable tenerla? ¿se nos puede descalificar por esto?.

Códigos CPV: -5212290-5 Reparación y mantenimiento de instalaciones deportivas.

Código CNAE: 9311 Gestión de instalaciones deportivas:

LCSP art 77

b) Para los contratos de servicios no será exigible la clasificación del empresario. En el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se establecerán los criterios y requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional tanto en los términos establecidos en los artículos 87 y 90 de la Ley como en términos de grupo o subgrupo de clasificación y de categoría mínima exigible, siempre que el objeto del contrato esté incluido en el ámbito de clasificación de alguno de los grupos o subgrupos de clasificación vigentes, atendiendo para ello al código CPV del contrato, según el Vocabulario común de contratos públicos aprobado por Reglamento (CE) 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002.

En tales casos, el empresario podrá acreditar su solvencia indistintamente mediante su clasificación en el grupo o subgrupo de clasificación y categoría de clasificación correspondientes al contrato o bien acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y detallados en los pliegos del contrato. Si los pliegos no concretaran

(...)

En síntesis, el recurso se fundamenta en (i) el no cumplimiento por parte de la adjudicataria de la clasificación exigida en los pliegos y (ii) que el acuerdo de adjudicación infringe el presupuesto de licitación. Además, se pide el acceso al expediente que fue denegado por el poder adjudicador; esta petición debe analizarse en primer lugar, ya que su estimación implicaría conceder un plazo adicional para completar el recurso, lo que retrasaría el análisis del mismo.

a) Sobre la petición de acceso al recurso

El recurrente solicita que se acuerde la exclusión de la empresa adjudicataria y la adjudicación a su favor del contrato, y subsidiariamente, para el caso de no acordar lo anterior, se conceda el acceso al expediente.

Como viene señalando este Órgano (ver, por todas, su Resolución 13/2021), la solicitud de acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial se regula en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que ya figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de



revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPE). La finalidad que persigue este procedimiento es evitar la indefensión del recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación no sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, por ejemplo, la Resolución 436/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Para sustentar su decisión, este OARC/KEAO ha de estar a lo alegado por el recurrente y por el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (especialmente, la solicitud de acceso inicial al órgano de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano resolutorio) y a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los intereses comerciales legítimos o de los datos de carácter personal. Debe recordarse en todo caso que, tal y como se dijo en la Resolución 248/2015 del TACRC, el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso se solicita sean necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho. Consecuentemente, con independencia del juicio que pueda merecer la denegación decidida por el poder adjudicador en cuanto a su adecuación a la LCSP, solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado y, en concreto, cuando le impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC / KEAO) de modo que si, por ejemplo, la resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP o el interesado accedió por otra vía a la información necesaria no puede alegarse dicha indefensión. Por otro lado, el derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras no es un derecho absoluto, sino que debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que



dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora (ver, por ejemplo, la Resolución 329/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía).

Aplicado lo anterior al caso analizado, se estima que no procede el acceso requerido por los motivos que se exponen a continuación:

- 1) La recurrente solicita como pretensión principal la exclusión de la adjudicataria y que se le adjudique a ella el contrato y, subsidiariamente, para el caso de no acordar lo anterior, se le conceda el acceso al expediente. Como se ha expuesto anteriormente, la finalidad de acceder al expediente es evitar la indefensión del recurrente de tal manera que no sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica. El hecho de que la petición de acceso sea subsidiaria a la principal supone reconocer que se ha articulado un recurso fundado pues, en caso contrario, la petición de acceso se hubiese pedido con carácter previo a la solicitud de exclusión de la adjudicataria y a la adjudicación en favor de la recurrente.
- 2) Adicionalmente, en el recurso se indica que el acuerdo de adjudicación infringe el propio pliego al fijar como precio global del contrato la cantidad anual que, según el pliego, debe comprender la total duración del contrato. Obsérvese que este motivo impugnatorio no requiere de ningún acceso al expediente, pues se refiere a la propia resolución de adjudicación del que la recurrente ya dispone. Lo mismo sucede con el otro motivo impugnatorio el cual no exige de una mayor compleción.

En definitiva, ninguno de los argumentos impugnatorios aducidos requiere de acceso a la oferta de la adjudicataria en tanto que la argumentación del recurso está suficientemente fundada. Además, los aspectos impugnados van a poder ser contrastados por este órgano resolutorio, ya que dispone del expediente remitido por el poder adjudicador. En consecuencia, y considerando este Órgano



que no ha existido indefensión que le haya impedido fundamentar adecuadamente su recurso, no procede acceder a la petición de acceso al expediente.

b) Sobre la falta de clasificación de la adjudicataria impugnada

La recurrente considera que la adjudicataria debió ser excluida por no acreditar la solvencia exigida por los pliegos mediante la clasificación a la que hace referencia la cláusula G de la Carátula. Este motivo impugnatorio debe desestimarse por los siguientes motivos:

- 1) El artículo 77.1 LCSP restringe la obligatoriedad de la clasificación a los contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a los 500.000 euros; en los contratos de obras de valor inferior a 500.000 euros y en los contratos de servicios (siempre que el objeto del contrato esté incluido en el ámbito de clasificación de alguno de los grupos o subgrupos de clasificación vigentes, según el CPV del contrato) es un medio alternativo de acreditación de la solvencia, de modo que en estos casos los operadores económicos pueden optar por acreditar su solvencia mediante la clasificación correspondiente o mediante el cumplimiento de los requisitos específicos exigidos.
- 2) En el presente supuesto, un contrato de servicios, el poder adjudicador no pide, como pretende la recurrente, que los licitadores acrediten su solvencia de forma acumulativa (clasificación y cumplimiento de requisitos específicos), sino de forma alternativa. Además de señalarlo así en la respuesta dada a una cuestión planteada por un licitador, la cual le vincula (artículo 138 de la LCSP y cláusula 7 del PCAP), el Ayuntamiento, en cumplimiento del artículo 77 de la LCSP, se ha limitado a establecer en el pliego el Grupo, subgrupo y categoría de clasificación correspondientes al contrato porque el objeto del mismo lo permite, constituyendo únicamente



un medio de acreditación de la solvencia alternativo y no una exigencia excluyente.

c) Sobre el error de la resolución de adjudicación

La UTE considera que la resolución de adjudicación infringe el propio pliego al fijar como importe de adjudicación la cantidad de 290.400 euros anuales, cuando dicha cantidad es el precio de adjudicación de la duración estimada total del contrato (40 meses). Este alegato no es propiamente un motivo de impugnación pues no combate la resolución recurrida, ni solicita su nulidad. En cualquier caso, ha de indicarse que nos encontramos ante un error material o de hecho, subsanable, pues el mismo se deduce con toda claridad del expediente (presupuesto base de licitación, valor estimado, ofertas económicas presentadas...) sin necesidad de ninguna valoración jurídica ni razonamiento, tal y como se desprende de la propia alegación al haber sido advertida la equivocación de la mera lectura del acuerdo impugnado.

En definitiva, en el presente caso se cumple con la doctrina expresada al respecto de los errores materiales, de hecho o aritméticos por el Tribunal Supremo y resumida en su Sentencia de 19 de abril de 2012, ECLI ES:TS:2012:2618, en la que se indica que los simples errores materiales, de hecho o aritméticos son aquellos cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica, por evidenciarse el error directamente, sin que sea preciso acudir a ulteriores razonamientos, ni a operaciones valorativas o aclaratorias sobre normas jurídicas, ya que afectan a un determinado suceso de manera independiente a cualquier opinión y al margen de cualquier interpretación jurídica y de toda apreciación hermenéutica.

d) Conclusión

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, el recurso debe desestimarse íntegramente.



Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE BPXPORT XXI S.L.U. y AGUA Y JARDIN, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de mantenimiento de las piscinas municipales y el resto de instalaciones deportivas”, tramitado por el Ayuntamiento de OYÓN-OION.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2021eko irailaren 28a

Vitoria-Gasteiz, 28 de septiembre de 2021