



EB 2019/113

Resolución 157/2019, de 25 de septiembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ARETO, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Asistencia Técnica y General del Zornotza Aretoa y Gestión del Cine”, tramitado por Ametx Erakunde Autonomoa.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 25 de junio de 2019 se presentó 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 empresa ARETO, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Asistencia Técnica y General del Zornotza Aretoa y Gestión del Cine”, tramitado por Ametx Erakunde Autonomoa.

SEGUNDO: El expediente de contratación y el informe a los 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) se recibieron los días 27 de junio y 1 de julio.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 29 de agosto, el 4 de septiembre se han recibido las alegaciones de la empresa AISILAN XXI, S.L. (en adelante, AISILAN), adjudicataria impugnada.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de don E.F.S., que actúa en su nombre.

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

Según las letras a) y b) del artículo 44.1 de la LCSP, 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

Conforme al artículo 44.2 c) de la LCSP, son impugnables los acuerdos de adjudicación de los contratos.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Ametx Erakunde Autonomoa tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

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



- a) La adjudicataria carece de la habilitación empresarial de empresa exhibidora de cine por no estar inscrita en el Registro Administrativo de Empresas Cinematográficas y Audiovisuales en el ICAA (exigible en virtud de lo dispuesto en el punto 20 del Pliego de Cláusulas Administrativas en relación con los artículos 7 y 15 de la Ley 55/2007, del Cine) por lo que no puede ejecutar la prestación que comprende, además del servicio de asistencia técnica, el de explotación del cine y el servicio de taquilla y venta de entradas. Este requisito es personalísimo y no se puede subcontratar.
- b) En lo que respecta a la solvencia técnica se aporta como personal propio de la licitadora a personal con contrato laboral en vigor con la recurrente, aportando cuatro curriculum vitae coincidentes. El Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), en su apartado 6 exige que el contratista disponga de personal y medios materiales necesarios para la actividad prevista.
- c) La adjudicataria no cuenta con la solvencia técnica requerida por los pliegos porque carece de experiencia en contratos similares ya que se ha de tener en cuenta que el contrato programa 210 proyecciones de cine al año frente a 20 obras de teatro.
- d) Finalmente, se solicita la anulación del acuerdo de adjudicación y la retroacción del procedimiento para proceder a una nueva adjudicación conforme a los pliegos.

SÉPTIMO: Alegaciones de AISILAN

El adjudicatario impugnado alega, resumidamente, lo siguiente:

- a) Se trata de un contrato mixto, que contempla dos actividades, similar a otros que actualmente presta AISILAN.



- b) Se propone para la prestación del servicio a las mismas personas que vienen desarrollando las tareas en Zornotza Aretoa con empresas adjudicatarias diferentes. No obstante, AISILAN cuenta con 36 personas en plantilla que desarrollan labores iguales o similares a las del objeto del contrato.
- c) AISILAN desarrolla la mayor parte de las tareas y funciones del objeto del contrato. Se subcontratan las mínimas que no puede desarrollar.
- d) El Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia vino a modificar el artículo 7 y 8 de la Ley 55/2007, del Cine que elimina la obligatoriedad general de inscripción, se exige a empresas productoras, distribuidoras y a los titulares de salas de exhibición y, en todo caso, es previo al inicio de la actividad.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega, en síntesis, lo siguiente:

- a) Los pliegos no exigen la acreditación de una habilitación profesional particular lo cual es coherente con el hecho de que las actividades objeto del servicio no se encuentran sujetas a un régimen de autorización previa o habilitación empresarial sino a una mera comunicación previa que habría de producirse solamente en el caso de que resultara adjudicataria.
- b) La propuesta técnica de AISILAN plantea la continuidad de los trabajadores que vienen desempeñando los servicios objeto del contrato y añade personal propio, cumpliendo con lo establecido en el artículo 6 del PPT.
- c) En lo que respecta a la acreditación por la adjudicataria de la solvencia específica requerida, se ha de tener en cuenta que Zornotza Aretoa es un espacio cultural que está destinado a la realización de múltiples actividades (exhibición de obras teatrales, residencias de grupos de teatro, representaciones musicales, exhibición de películas cinematográficas) por lo que en los pliegos se



ha establecido el CPV 92000000 servicios de esparcimiento. Este número y grupo de actividad es relevante para la determinación de la solvencia según el artículo 90.1 de la LCSP.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, son tres las cuestiones planteadas en el recurso en relación con la oferta del adjudicatario impugnado, (i) considera que carece de la autorización administrativa pertinente para realizar la actividad de exhibición de cine, (ii) carece de la solvencia técnica requerida porque no acredita experiencia como empresa exhibidora de cine y (iii) carece del personal y medios materiales para la prestación de la actividad requerida.

El análisis del OARC / KEAO debe partir del contenido de los pliegos que rigen el contrato y al cual deben estar las partes contratantes por no haber sido impugnado.

.- Del PCAP son relevantes las siguientes cláusulas

9.- EJECUCIÓN DEL CONTRATO

(...)

(...), la entidad adjudicataria queda obligada a:

a) Adscribir los medios personales y materiales necesarios (sic) para la correcta ejecución del contrato.

20.- CAPACIDAD Y SOLVENCIA PARA CONTRATAR

(...)

Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para el suministro objeto del presente contrato

21.-PRESENTACIÓN DE PROPOSICIONES Y DOCUMENTACIÓN EXIGIDA

(...)

El **sobre A** se titulará “**CAPACIDAD Y SOLVENCIA PARA CONTRATAR**” y contendrá el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC).



Al DEUC, le acompañarán:

(...)

c) En caso de que se exigiera habilitación empresarial o profesional, deberá aportarse el documento acreditativo de tal habilitación empresarial o profesional.

La documentación acreditativa de las declaraciones realizadas en el DEUC, que habrá de ser presentada necesariamente por el licitador propuesto como adjudicatario, con carácter previo a la adjudicación del contrato, es la siguiente:

(...)

V Documentación acreditativa de la solvencia técnica:

Una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo los (3) tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos. Será necesario haber realizado servicios similares por un importe anual, en el año de mayor ejecución del periodo citado, de al menos 42.000 Euros.

Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órganos de contratación por la autoridad competente.

.- Del PCT es relevante la siguiente cláusula

6.-MEDIOS HUMANOS

Para la buena prestación del servicio (trabajos descritos en el Apartado 2), el contratista deberá de disponer del personal y medios materiales necesarios para la actividad prevista

(...)

(...)

La propuesta incluirá los CV de las personas propuestas.

Las apreciaciones del OARC/KEAO sobre los argumentos del recurso son las siguientes:

a) Sobre la exigencia de habilitación empresarial en el PCAP



En lo que concierne a esta cuestión, el núcleo fundamental de la controversia planteada reside en si el adjudicatario requiere disponer de la autorización administrativa consistente en la inscripción en el Registro Administrativo de Empresas Cinematográficas y Audiovisuales para ejecutar la prestación comprendida en la cláusula 2.c) Pliego de Cláusulas Técnicas (en adelante, PCT) consistente en Proyección de películas, montaje y desmontaje de las mismas.

El recurrente basa su argumento en los artículos 7, 15 y siguientes de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine. La redacción original de este articulado ha sido modificada por la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que, entre otras medidas, que en su exposición de motivos explica en los siguientes términos en qué ha consistido la modificación:

Como resultado de la evaluación de la normativa vigente en materia de cinematografía, se considera necesario acometer una modificación puntual de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, para suprimir la obligación de inscripción en el Registro Administrativo de Empresas Cinematográficas y Audiovisuales del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales, o en el equivalente de las Comunidades Autónomas, que como requisito habilitante se exigía hasta ahora a las empresas productoras y distribuidoras. De igual manera, la exigencia de inscripción que se imponía a los titulares de las salas de exhibición cinematográfica, se sustituye por una comunicación, necesaria para verificar el cumplimiento de los procedimientos establecidos para el control de asistencia y la declaración de rendimientos, así como del control de la obligación de cuota de pantalla. De forma congruente con estas modificaciones en las obligaciones de inscripción, se aprueba una revisión del régimen jurídico del Registro Administrativo de Empresas Cinematográficas y Audiovisuales, que se reordena con un propósito declarativo e informativo y al que accederán las empresas del sector, mediante una inscripción practicada de oficio cuando dichas empresas inicien ante el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales cualquier procedimiento relativo a la obtención de certificados, créditos, ayudas y demás estímulos previstos en la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, todo ello para facilitar y agilizar las sucesivas actuaciones que puedan llevarse a cabo en cualquier otro procedimiento.

Esta modificación del régimen jurídico del Registro Administrativo de Empresas Cinematográficas y Audiovisuales y el régimen de autorizaciones consiste en la sustitución de la exigencia de inscripción de los titulares de las salas de



exhibición antes de iniciar su actividad por la de remisión de una mera comunicación que, además, tiene por única finalidad la de verificar el cumplimiento de los procedimientos establecidos de control de asistencia, cuota de pantalla, y declaración de rendimientos, pero no la del ejercicio de la actividad.

A este respecto, se ha de tener en cuenta que la comunicación es el documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos o cualquier otro dato relevante para el inicio de una actividad o el ejercicio de un derecho (artículo 69.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común) y se constituye como un título habilitante para acceder al inicio de una actividad desde el momento de su presentación, a diferencia de la autorización que se exige con carácter previo para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio (artículo 3.7 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio). Consecuentemente, no se requiere de la inscripción en el citado registro para desempeñar la actividad de exhibidor de cine.

En todo caso, si nos atenemos al tenor literal del artículo 15.1 de la Ley de Cine quien debe remitir la comunicación antes del inicio de la actividad es el titular de la sala, no quien realiza determinados trabajos relacionados con la programación y exhibición de cine en virtud de un contrato.

Finalmente, cabe señalar que la cláusula 20 del PCAP, relativa a la capacidad y solvencia para contratar, no exige que el licitador disponga de una concreta habilitación o autorización para poder presentar oferta, sino que se trata de una cláusula de estilo genérica, válida para todas las licitaciones, en la que se exige que el licitador disponga de tal requisito en su caso, esto es, en el caso de que la norma que regula la profesión o el ejercicio de un determinado servicio lo exigiera, requisito que no concurre en el supuesto que nos ocupa.

Consecuentemente, este motivo de impugnación ha de ser desestimado.



b) Respecto a la falta de disposición de personal para ejecutar el servicio

Alega la recurrente que la adjudicataria carece de los medios personales exigidos en la cláusula 6 del PCT y 9 del PCAP para ejecutar el servicio. Esta alegación debe ser desestimada ya que ambas cláusulas se refieren a la entidad adjudicataria (cláusula 9 del PCAP) y al contratista (cláusula 6 del PCT), es decir, al empresario seleccionado para la prestación del servicio con quien se ha perfeccionado el contrato, no al licitador, por lo que la exigencia de que cuente con el personal requerido en las bases no se debe acreditar en el momento de la licitación, tal y como pretende la recurrente, sino en el de la ejecución del contrato, momento en el que el poder adjudicador deberá apreciar las consecuencias de un eventual incumplimiento de lo señalado por el adjudicatario en su oferta contractual.

Consecuentemente, este motivo de impugnación se debe desestimar.

c) Respecto al incumplimiento de la solvencia técnica

Considera la recurrente que la adjudicataria impugnada carece de la solvencia exigida pues, a su parecer, no puede acreditar experiencia en la exhibición de cine que, a su juicio, debiera ser la experiencia a acreditar debido al alto número de proyecciones cinematográficas en relación con el bajo número de representaciones de teatro programadas en el contrato.

Al margen de que la entidad adjudicataria impugnada acredita de forma específica en uno de los contratos aportados (el suscrito con el Ayuntamiento de Igorre el año 2017) que ha realizado, entre otras, actividades relacionadas con la programación de cine, lleva razón el poder adjudicador al señalar que para determinar si un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato se debe acudir a los tres primeros dígitos del CPV (artículo 90.1.a de la LCSP). La cláusula 2 del PCAP señala de forma correcta que el código CPV aplicable es el 92000000 Servicios de esparcimiento,



culturales y deportivos que abarca, además de actividades relacionadas con el cine, los espectáculos teatrales y musicales, que igualmente forman parte del objeto del contrato. Este número de CPV es más genérico que el específico de servicios de cine, que se halla clasificada en el código CPV 92100000-2 y, como se observa, difiere del solicitado en el contrato en el tercero de los dígitos, por lo que la experiencia específica en exhibición de cine no es suficiente para acreditar la solvencia demandada en el PCAP.

Consecuentemente este motivo de impugnación debe desestimarse.

d) Conclusión

El recurso debe desestimarse porque la adjudicación se ha efectuado de forma correcta, de conformidad con lo dispuesto en el PCAP y en el PCT.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ARETO, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Asistencia Técnica y General del Zornotza Aretoa y Gestión del Cine”, tramitado por Ametx Erakunde Autonomoa.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.



TERCERO: No se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko irailaren 25a

Vitoria-Gasteiz, 25 de septiembre de 2019