



EB 2021/055

Resolución 091/2021, de 28 de mayo, 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 DISPORT EKI, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de control ambiental y atención al público en el anillo verde de Vitoria-Gasteiz”, promovido por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 25 de marzo de 2021 se ha presentado 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 DISPORT EKI, S.L. (en adelante, DISPORT) contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de control ambiental y atención al público en el anillo verde de Vitoria-Gasteiz”, promovido por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

SEGUNDO: El mismo día 25 se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitó el 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). La citada documentación se recibió en este OARC / KEAO el día 29 de marzo.



TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el 30 de marzo, se han recibido el 9 de abril las alegaciones de PRISMAGLOBAL SERVICIOS Y PROYECTOS, S.L. (en adelante, PRISMAGLOBAL), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la representación de F.G.G. que actúa en su nombre. En lo que se refiere a la legitimación, PRISMAGLOBAL considera que la recurrente carece de legitimación para recurrir debido a que, a su parecer, la estimación de las pretensiones formuladas no implicaría necesariamente una adjudicación del contrato a su favor, ya que no se postula como adjudicataria ni solicita la exclusión de la adjudicataria, sino que se limita a solicitar la declaración de nulidad del acuerdo de adjudicación. Sin embargo, esta alegación contiene una interpretación interesada de la pretensión de la recurrente que no puede prosperar. Este OARC / KEAO ha manifestado con anterioridad que la legitimación (ver, en este sentido la Resolución 87/2020), exige que el acto impugnado pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial o futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre. Se trata de acreditar la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión, no necesariamente de contenido patrimonial, que se materializaría de prosperar ésta, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite. Por tanto, el interés legítimo no puede ser asimilado al interés en la legalidad (ver la Resolución 13/2018 y la jurisprudencia que en ella se cita). Ello significa que gozan de legitimación quienes, de prosperar su recurso, pueden obtener un beneficio (ver, en este sentido la Resolución 92/2016). En el recurso que nos ocupa, se alega como motivo de impugnación la falta de acreditación de la solvencia técnica por parte de la adjudicataria, por lo que resulta evidente que la recurrente, participante en el procedimiento de adjudicación, considera que la adjudicación no se ha ajustado a derecho y pretende su nulidad para, de conformidad con lo establecido en el artículo 150.4 de la LCSP, conseguir ser la nueva adjudicataria.

Consecuentemente, se puede afirmar que la recurrente ostenta un “interés tangible” en que prospere su recurso, lo que caracteriza la legitimación.

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

PRISMAGLOBAL estima que la pretensión de la recurrente es extemporánea, ya que, siendo la falta de solvencia técnica un requisito de capacidad, el acto impugnado debió ser el de la admisión de las ofertas y no el de la adjudicación. Este Órgano tiene declarado (ver, por ejemplo, la Resolución 100/2020 de este OARC / KEAO) que, a pesar de que la admisión de las ofertas o de los licitadores es una decisión susceptible de ser impugnada de forma previa y autónoma a la adjudicación del contrato, incluso aunque no se plasme en un acto formal, también cabe impugnar dicha admisión con ocasión del acuerdo de adjudicación. Debe señalarse que la consideración de la admisión como acto recurrible, que favorece las posibilidades de defensa de los interesados, no puede convertirse en una carga que supondría tener que impugnar preventivamente la aceptación de las proposiciones de otros licitadores bajo la amenaza de que, de no hacerlo, luego no se podría presentar un recurso contra la citada aceptación a propósito del acto de adjudicación, pues ello perjudicaría el efecto útil del recurso especial (ver, por ejemplo, las Resoluciones 2 y 137/2017 y 90/2020 del OARC / KEAO). Téngase en cuenta, además, que el procedimiento de contratación no pide un acto expreso de admisión de las proposiciones cuya falta de impugnación en

plazo produzca un efecto preclusivo que impediría la admisión de un recurso como el que ahora se analiza. Por todas estas razones la admisión indebida de las ofertas puede ser impugnada a propósito de la decisión que pone fin al procedimiento de adjudicación.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz tiene la condición de poder adjudicador, concretamente de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones de la recurrente

Los argumentos que alega la recurrente son, en síntesis, los siguientes:

- a) DISPORT considera que la adjudicataria no ha acreditado disponer de la necesaria solvencia técnica exigida por los pliegos. Así, los certificados aportados por PRISMAGLOBAL (de KONTSUMOBIDE y de ECOEMBES) no acreditan la realización de trabajos de análoga naturaleza al que constituye el objeto del contrato y no abarcan la totalidad de las prestaciones exigidas por los pliegos. Tampoco coinciden los tres primeros números del código CPV con el establecido en el pliego para el presente contrato.
- b) El PCAP exige la adscripción de medios personales que como requisito deben de tener una titulación mínima de FPII o equivalente en el campo medioambiental o agroforestal, de tal forma que no se corresponde en absoluto con el perfil exigido en el contrato que certifica KONTSUMOBIDE por lo que tampoco se satisface la solvencia requerida.
- c) Por último, solicita la declaración de nulidad del acuerdo de adjudicación

SÉPTIMO: Alegaciones de PRISMAGLOBAL

PRISMAGLOBAL, adjudicataria del contrato, se opone al recurso con los siguientes argumentos:

- a) No existe claridad y concreción en la pretensión de la recurrente, de forma que no se sabe cuál es la consecuencia de la solicitud de declaración de nulidad del acuerdo de adjudicación, lo cual se opone al principio de justicia rogada.
- b) Tampoco se citan en el recurso los motivos del mismo al margen de realizar una serie de argumentaciones para terminar solicitando la nulidad del acuerdo de adjudicación.
- c) La alegante ha realizado un numero ingente de proyectos en los que se han realizado las labores que exige el pliego para el presente contrato, de forma que con los certificados aportados queda plenamente acreditada la solvencia técnica de PRISMAGLOBAL.
- d) La solvencia técnica de PRISMAGLOBAL es innegable, pues la experiencia previa de la alegante concurre en la similitud, en cuanto a naturaleza, de los trabajos realizados en los proyectos a los que se refieren los certificados de solvencia aportados. Dichos certificados, además, se ajustan formalmente a lo previsto en la licitación.
- e) No cabe, como ha hecho la recurrente, acudir automáticamente a la comparación de los códigos CPV correspondientes a la licitación y a los contratos presentados como experiencia previa, pues lo correcto es comparar el catálogo de trabajos a realizar con los previamente efectuados y únicamente si no existe la definición de dichos trabajos en el pliego se podrá acudir al método de comparación de códigos CPV.
- f) Es irrelevante el perfil profesional del personal participante en los proyectos que han servido para acreditar la solvencia técnica, pues el personal que va a ejecutar las tareas del presente contrato va ser el mismo que actualmente viene realizando dichas labores, previa subrogación por parte de PRISMAGLOBAL

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso al considerar que los trabajos objeto del contrato son precisos, específicos, concretos y están detalladamente determinados en el PCAP y PPT por lo que no es aplicable el artículo 90.1 a) de la LCSP. Así, la mesa de contratación, siguiendo el criterio técnico del responsable del contrato, ha estimado que la adjudicataria ha acreditado satisfactoriamente la solvencia técnica y profesional exigida en el PCAP.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir de las cláusulas contractuales relevantes para la resolución de la cuestión planteada, que son las siguientes:

CARÁTULA DEL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES DEL AYUNTAMIENTO DE VITORIA-GASTEIZ PARA LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS MEDIANTE PROCEDIMIENTO ABIERTO

PUNTO 1º

OBJETO Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

Código CPV: 90710000

Necesidades a satisfacer con el presente contrato e idoneidad del mismo:

El servicio objeto de este contrato tendrá encomendado tanto el control de usos y actividades, vigilancia y seguimiento del estado de conservación de los parques del Anillo Verde, como la atención e información al público. El ámbito de actuación ordinario se corresponde con los parques que configuran el Anillo Verde (...).

(...)

Subrogación: Sí

CARÁTULA: PUNTO 2º

REQUISITOS DE SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA Y SOLVENCIA TÉCNICA.

(...)

SOLVENCIA TÉCNICA Y ACREDITACIÓN

1. Relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyan el objeto del contrato en el curso como máximo de los tres últimos años, en la

que se indique el importe, la fecha y el destinatario , público o privado de los mismos avalada por certificados de buena ejecución; estos certificados indicarán el importe, las fechas y el lugar de ejecución de los servicios y precisarán si se realizaron según las reglas por las que se rige la profesión y se llevaron normalmente a buen término.

Se exige que el importe anual acumulado sin incluir impuestos en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 % del valor estimado del contrato o de su anualidad media si esta es inferior al valor estimado del contrato.

(...)

Adscripción de medios personales y materiales asignados a la ejecución del contrato: Sí

Medios personales:

De conformidad con lo establecido en el artículo 76.2 de la LCSP, la empresa que resulte adjudicataria del presente contrato deberá adscribir como mínimo para su ejecución los siguientes medios personales

Dos personas contratadas a jornada completa por dos años de duración, bajo el Convenio de ocio educativo y animación socio-cultural de Araba, que deberán cumplir los siguientes requisitos:

- Tener una titulación mínima de FP II o equivalente en el campo medioambiental o agroforestal.

(...)

En síntesis, la cuestión planteada en el recurso consiste en que los certificados aportados por la adjudicataria no satisfacen adecuadamente los requerimientos de solvencia técnica y profesional exigidos por los pliegos. A continuación, se expresan las consideraciones de este Órgano sobre esta cuestión.

a) Sobre la solvencia técnica o profesional exigida en el PCAP

El umbral de experiencia requerido al licitador como un requisito de aptitud para participar en el procedimiento de adjudicación del contrato figura en el punto 2 de la carátula del PCAP y consiste en la experiencia en servicios “de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato”, con el límite temporal de que hayan sido efectuados “en los tres últimos años” y el límite económico de que el “importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato”. Dado que los interesados no discuten ambos límites, la cuestión de fondo estriba en determinar si la experiencia en otros servicios ejecutados por la adjudicataria puede ser considerada como igual o similar a los servicios medioambientales y de atención al público, que son los demandados

en el contrato y para ello se precisan examinar los pliegos rectores con la finalidad de dilucidar cuales son las prestaciones solicitadas.

Las funciones del servicio de control ambiental y atención al público en el anillo verde solicitado consisten según se especifica en la cláusula 2 del PPT en (...) el control de usos y actividades, vigilancia y seguimiento del estado de conservación de los parques del Anillo Verde, como la atención e información al público. El ámbito de actuación ordinario se corresponde con los parques que configuran el Anillo Verde (...)

Las tareas concretas a desempeñar son fundamentalmente las siguientes:

- Atención al público y difusión de información sobre usos permitidos y prohibidos, itinerarios peatonales, puntos de observación, flora y fauna del lugar, etc.; distribución de folletos y encuestas.
- Control de afluencia: conteo estandarizado de visitantes presentes en cada parque.
- Vigilancia de las actividades desarrolladas por los visitantes y comunicación con el Grupo de Medio Ambiente de la Policía Local u otras autoridades competentes en caso de detectarse cualquier tipo de infracción.
- Seguimiento del estado de los parques: estado de la cubierta vegetal, niveles de agua, presencia de basuras, estado de conservación del mobiliario y los equipamientos, etc.
- Vigilancia de incendios.
- Seguimiento de parámetros ambientales: registro de las aves acuáticas y de las especies de vertebrados más relevantes del Anillo Verde. Participación en censos y seguimientos periódicos de flora y fauna demandados desde la Dirección.
- Transmisión semanal por medios electrónicos de las incidencias y los datos faunísticos más relevantes al responsable del servicio.
- Inspección de obras de restauración y trabajos de mantenimiento.
- Apertura y cierre de accesos e instalaciones.
- Asistencia a los técnicos municipales en los trabajos que requieran su concurso en relación con la gestión de los parques.
- El adjudicatario podrá ser requerido para su colaboración en los términos que establezca el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz en cualquier actuación o medida de gestión de los parques del Anillo Verde y, específicamente, acompañamiento de terceros para la realización de trabajos de investigación, toma de datos, filmación y reportajes, etc. Excepcionalmente el ámbito de actuación del servicio podrá ampliarse para actuaciones concretas más allá del Anillo Verde, tanto en el ámbito urbano como rural del término municipal de Vitoria-Gasteiz.

- Elaboración de informes periódicos sobre número de visitantes, consultas más frecuentes, sugerencias recogidas, sucesos destacables acaecidos, control de obras y manejos, control de niveles de agua, observaciones de fauna y flora u otros aspectos demandados desde la Dirección del servicio.

b) La experiencia alegada por la adjudicataria

Por su parte, las referencias aportadas por la adjudicataria son las siguientes:

. - Certificado expedido por KONTSUMOBIDE en el que se expresa que PRISMAGLOBAL ha prestado el Servicio de Atención, control, formación e información al público en materia de consumo, siendo los datos del servicio los siguientes: año 2017 con un importe de 471.752,16€ y año 2018 con importe de 467.739,84€.

. - Certificado de ECOEMBES que certifica que PRISMAGLOBAL ha sido la contratista de los servicios “atención y control al público, así como en el desarrollo de la campaña de reciclaje “Móstoles” y “Residuos Euskadi” en el ejercicio 2017, y en los años 2018 y 2019 la contratista del servicio de información al público sobre materia de reciclaje, aprender a reciclar en la campaña “reciclar es lo nuestro”.

c) Sobre la similitud o igualdad de la experiencia alegada y la solicitada en el PCAP

Contrastados los objetivos y las prestaciones del contrato con los de los servicios alegados por la recurrente, este OARC / KEAO considera que ninguno de los servicios guarda similitud con las prestaciones relativas al medio ambiente demandadas en el contrato por las razones que se exponen a continuación:

- 1) Este OARC /KEAO ha manifestado en su Resolución 7/2020 que, a falta de precisión en los pliegos de lo que se debe considerar como servicio de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, se debe

estar, en principio, a lo que dispone el artículo 90.1.a) de la LCSP segundo párrafo en lo referente a que “Para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, en defecto de previsión en el pliego, se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV”, pero que esta regla no opera de forma automática, sino que se deben contrastar los servicios certificados con las prestaciones definidas en las bases de la licitación al objeto de examinar la existencia o no de similitud material. Es por ello, que no puede aceptarse *per se* el argumento de la recurrente de la falta de coincidencia de los códigos CPV de la experiencia previa y la del contrato actual, puesto que las tareas a realizar en este último se encuentran perfectamente definidas en el punto 2 del PPT y, precisamente por ello, este Órgano llega a la conclusión de que esas funciones no han quedado acreditadas mediante los certificados aportados.

- 2) El objeto de este contrato consiste en la prestación de un servicio de control ambiental y atención al público en los parques del Anillo Verde de Vitoria-Gasteiz. El anillo verde es el conjunto de parques que rodean la ciudad y que han transformado la periferia degradada en un espacio natural de alto valor ecológico y en la principal zona recreativa de la ciudad, según se indica en la propia web del Ayuntamiento. El propio poder adjudicador ha querido dar la adecuada importancia al carácter medioambiental del servicio como se desprende de los siguientes datos: (i) según el propio título del contrato, la primera prestación a realizar consiste en el control ambiental de los parques, además de atender al público; (ii) el código CPV del contrato es el 90710000, el cual se corresponde con contratos de gestión ambiental, que se incluyen en los servicios medioambientales (CPV 907); (iii) la titulación exigida a la personas que han de realizar el servicio es la de FPII o equivalente en el campo medioambiental o agroforestal; y (iv) entre las tareas a desempeñar, además de las propias de atención al público, destacan las relativas a los parámetros medioambientales (registro de las aves acuáticas y de las especies de vertebrados más relevantes, participación en censos y seguimientos periódicos de flora

y fauna demandados desde la Dirección) para cuya realización se requiere la formación exigida por los pliegos.

- 3) Sin perjuicio de los proyectos que PRISMAGLOBAL haya podido desarrollar relacionados con las tareas que para el presente contrato se exigen, lo cierto es que del certificado de ECOEMBES no se puede inferir que los servicios prestados incluyan ni remotamente las tareas medioambientales requeridas en el presente contrato. Debe tenerse en cuenta que los servicios acreditados se refieren exclusivamente al reciclaje, lo cual no deja de tener un claro componente medioambiental, pero en absoluto puede concluirse que guarde la similitud que por naturaleza exige el punto 2 de la carátula del PCAP. Así, nada tiene que ver una campaña de reciclaje con el registro de aves acuáticas (las cuales previamente deben conocerse y distinguirse unas de otras) o de las especies de vertebrados más relevantes o con el estado de la cubierta vegetal o, por finalizar, con la elaboración de informes periódicos sobre, entre otras cuestiones, observaciones de fauna y flora. En este sentido, se considera que los medios y actuaciones de los servicios alegados y el demandado en el contrato no son análogos.
- 4) Finalmente, si bien es cierto como dice la adjudicataria que es irrelevante el perfil del personal participante en los proyectos previos realizados por PRISMAGLOBAL en los que basa la acreditación de la solvencia, igual de irrelevante resulta afirmar que el trabajo a va ser realizado por los actuales trabajadores que están prestando el servicio ya que van a ser subrogados. Y ello, porque (i) la subrogación es un derecho de los trabajadores que pueden legítimamente no ejercitarla; y (ii) la solvencia técnica exigida es aquella que demuestre la capacitación técnica del operador económico para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad a través de la ejecución satisfactoria de contratos de objeto igual o similar al que nos ocupa, lo que, como se ha dicho no concurre en el presente caso.

d) Conclusión

A la vista de todo lo expuesto, el recurso debe ser estimado procediéndose a la exclusión de la oferta de la mercantil PRISMAGLOBAL y retrotrayendo las actuaciones de acuerdo con lo previsto en el artículo 150.4 de la LCSP

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:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por DISPORT EKI, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de control ambiental y atención al público en el anillo verde de Vitoria-Gasteiz”, promovido por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones en los términos previstos en la letra d) del fundamento jurídico noveno.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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

CUARTO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que informe a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

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

Vitoria-Gasteiz, 2021eko maiatzaren 28

Vitoria-Gasteiz, 28 de mayo de 2021