



EB 2024/104

Resolución 234/2024, de 18 de diciembre, 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 JURDAN GRIJALBA, S.L. contra la adjudicación del contrato “concesión administrativa de ocupación del edificio nº 2 de la Playa Antilla de Orio, para la prestación de los servicios de hostelería autorizados por el Ayuntamiento”, tramitado por el Ayuntamiento de Orio.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 25 de junio de 2024, la empresa JURDAN GRIJALBA, S.L. interpuso, 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), un recurso especial en materia de contratación pública contra la adjudicación del contrato “concesión administrativa de ocupación del edificio nº 2 de la Playa Antilla de Orio, para la prestación de los servicios de hostelería autorizados por el Ayuntamiento”, tramitado por el Ayuntamiento de Orio.

SEGUNDO: El día 2 de julio se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe a los que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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). Dicha documentación se ha recibido el día 30 de julio.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 1 de agosto, se han recibido las alegaciones de MOLA MOLA BAR, S.L. (en adelante, MOLA MOLA) los días el 6 y 12 de agosto, adjudicatario impugnado.

CUARTO: Con fecha 21 de noviembre el OARC / KEAO requirió al poder adjudicador que le remitiera desglose en el que constaran los componentes del valor estimado del contrato (VEC) y, en especial, el importe al que se refiere el artículo 101.1 b) de la LCSP.

QUINTO: En respuesta al requerimiento descrito en el Antecedente anterior, el día 10 de diciembre se recibió en el registro de este Órgano un escrito en el que el VEC se cifra en 13.413.254 euros, importe neto de la cifra global de negocios que previsiblemente podría obtener el adjudicatario del contrato.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.G.P., que actúa en su nombre y representación de JURDAN GRIJALBA, S.L.

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

La denominación del contrato induce a confusión sobre su correcta calificación jurídica. Por un lado, se habla de “concesión administrativa”, y por otro, de “prestación de servicios de hostelería autorizados por el Ayuntamiento”, lo que puede hacer dudar sobre la naturaleza del contrato y, consecuentemente, sobre la competencia de este Órgano para resolver el recurso. Debe tenerse en cuenta que el ámbito del recurso especial, regulado en los artículos 44 y siguientes de la LCSP y cuya resolución corresponde al OARC / KEAO, incluye los contratos de servicios y las concesiones de servicios, pero no las concesiones administrativas y otros negocios patrimoniales sobre bienes inmuebles (artículo 9.1 LCSP). Por lo tanto, debe analizarse el contrato impugnado para determinar



su correcta calificación jurídica al único efecto de determinar la competencia de este Órgano (ver, por ejemplo, la Resolución 21/2015 del OARC / KEAO y la sentencia del TSJPV de 26/7/2017, ECLI:ES: TSJPV:2017:2727).

a) Sobre la condición de contrato patrimonial

Según la Cláusula 1 del Pliego condiciones jurídicas y económico administrativas (PCJEA), el objeto contractual consiste en la regulación de las condiciones relativas a la concesión administrativa de ocupación del edificio nº 2 de la Playa Antilla de Orio para la prestación de los servicios de hostelería autorizados por el Ayuntamiento. Por otra parte, si bien el contrato no lo especifica, de la estructura de la obligación diseñada se desprende que la remuneración que percibirá el contratista por la ejecución del contrato será la obtenida de la explotación de la actividad comercial de servicios de restauración (cláusula 5), debiendo abonar el adjudicatario al poder adjudicador una cantidad en concepto de canon de explotación (cláusula 13), cuyo importe es criterio de adjudicación (cláusula 11). A todo ello se debe sumar que una de las obligaciones del adjudicatario, junto con la prestación del servicio de bar – restaurante adaptado al entorno (cláusula 7.1 del Pliego de prescripciones técnicas, PPT) es la dinamización cultural de la playa (cláusula 7.2 del PPT). Consecuentemente, se puede afirmar que la finalidad del contrato es obtener una prestación que permita ofrecer un servicio a los usuarios de la playa, junto con la fijación de condiciones especiales de ejecución de tipo social y medioambiental (cláusula 11.2.b del PCJEA), así como fijar diversas condiciones de prestación, como las relativas a productos o precios máximos. Todo ello lleva a descartar que se pueda incluir el negocio dentro de la categoría de los contratos patrimoniales a los que se refiere el artículo 9 LCSP, los cuales se caracterizan porque en ellos el poder adjudicador no pretende la adquisición de servicio alguno, sino tan solo regular el derecho de un operador económico a explotar determinados recursos de carácter público, sin contratar obras o servicios específicos (ver la Resolución 91/2016 del OARC / KEAO y los apartados 44 a 48 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 14 de julio de 2016, asuntos acumulados C-458/14 y C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558, que se remiten también a las STJUE de 11 de junio de



2009, C-300/07, ECLI: EU: C: 2009:358, apartado 71, y de 14 de noviembre de 2013, C-221/12, ECLI: EU: C: 2013:736; ver también el Considerando 15 de la Directiva 2014/23).

b) Sobre la condición de concesión de servicios

Una vez descartada la naturaleza patrimonial del contrato, ha de determinarse si se trata de un contrato de servicios o de una concesión de servicios. Debe recordarse que lo que distingue al primero de la segunda no es su objeto, que en ambos casos es la adquisición de un servicio, sino la contraprestación, que en el primero es un precio y en el segundo consiste en el derecho a explotar el servicio (acompañado o no de un precio) siempre y cuando además se traslade el «riesgo operacional» al adjudicatario en el sentido definido en el artículo 15.2 de la LCSP (ver, por ejemplo, la Resolución 68/2018 del OARC / KEAO).

Al respecto, se observa que en la cláusula 6 del PCJEA se obliga al adjudicatario a efectuar una inversión mínima de 75.000€, IVA no incluido, durante los 15 años de vigencia de la concesión y de 25.000 € en el caso de acordarse la ampliación del plazo de la concesión (5 años), mientras que la cláusula 3 establece que el riesgo y ventura es del concesionario, quien no tendrá derecho a reclamar del Ayuntamiento medidas para garantizar el equilibrio económico en la utilización de los bienes que integran la concesión, y que la única exención para suspender el abono del canon es la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor. De lo transcrito se desprende que existe un riesgo de demanda (artículo 15 en relación con el 14.4, ambos de la LCSP), dado que no está garantizada la posibilidad de que los potenciales usuarios soliciten los servicios objeto del contrato en número suficiente para la obtención de beneficios. En este sentido, se puede afirmar que, a la vista de los datos que constan en el expediente, el contrato impugnado tiene las notas características de la concesión de servicios (ver, en este sentido, la Resolución 16/2014 y también la Resolución 102/2017 del OARC / KEAO).



c) Valor estimado del contrato de concesión

Conforme al artículo 101.1.a) de la LCSP el VEC de la concesión se calcula tomando el importe neto de la cifra de negocios, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido que, según sus estimaciones, generará la empresa concesionaria durante la ejecución de este como contraprestación por las obras y los servicios objeto del contrato, así como de los suministros relacionados con estas obras y servicios.

En relación con el concepto de “importe neto de la cifra de negocios” este Órgano ha señalado con anterioridad (ver, en este sentido, la Resolución 36/2024) que, en resumen, engloba el importe de la venta de bienes y servicios ordinarios de la empresa durante un período de tiempo, excluidos los descuentos e impuestos que sean objeto de repercusión. Ello supone que para el cálculo del VEC el poder adjudicador debe estimar el volumen de facturación por el tiempo previsto de duración del contrato, más los eventuales suministros que abone la Administración (no los hay en este caso). De acuerdo con el escrito al que se hace referencia en el Antecedente de Hecho cuarto, el VEC asciende en este caso a 13.413.254 euros, importe superior a los 3.000.000 euros establecidos en el artículo 44.1 c) LCSP. Consecuentemente, no puede aceptarse la alegación de MOLA MOLA y del poder adjudicador, que afirman que el recurso debe inadmitirse por ser su VEC inferior a los 3.000.000 euros a los que se refiere al artículo 44.1 c) LCSP.

d) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los apartados a) a c) anteriores, el contrato impugnado es una concesión de servicios cuyo VEC es superior a los 3.000.000 euros y por lo tanto está sujeto al recurso especial.



TERCERO: Impugnabilidad del acto

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

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

Sobre esta cuestión, se observa lo siguiente:

- 1) Deben desestimarse las alegaciones del poder adjudicador y de la alegante, que sostienen la extemporaneidad de la impugnación. Según consta en el expediente, la notificación del acto impugnado indica, como vías de recurso, el recurso contencioso administrativo ante el juzgado de Donostia – San Sebastián en el plazo de dos meses o el recurso de reposición en el plazo de un mes ante el mismo órgano que dictó el acto, omitiendo toda mención al recurso especial en materia de contratación. Según una reiterada doctrina (ver, por todas, la Resolución 193/2023 del OARC / KEAO y la jurisprudencia que en ella se cita), en los supuestos de notificaciones que contengan información procedimental errónea debe aplicarse el principio de que dichos defectos no pueden perjudicar al particular, debiendo tenerse por interpuesta en plazo la impugnación ante la instancia correcta cualquiera que sea el momento en el que se produzca.
- 2) El recurrente no expone una pretensión formal ni solicita expresamente la anulación, revocación o modificación de un acto, como es propio y característico de un recurso (ver, por ejemplo, la Resolución 31/2019 del OARC / KEAO). No obstante, sí señala supuestas irregularidades que afectarían a la adjudicación a MOLA MOLA y su disconformidad con ellas. Consecuentemente, puede deducirse el alcance de la impugnación, por lo que el recurso debe admitirse a trámite, sin perjuicio de lo que se dirá en el Fundamento de derecho noveno sobre algunas alegaciones genéricas o extemporáneas.



QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

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

SEXTO: Alegaciones del recurso

En resumen, las alegaciones de la recurrente son las siguientes:

a) El recurrente alega que no puede aportar la facturación como autónomo de su representante en el presente procedimiento de recurso a pesar de la evidente continuidad con la empresa licitadora (administrador único, hilo conductor entre ambas trayectorias...). Se alega que se plantearon al poder adjudicador dudas sobre:

- (i) La posibilidad de aportar como facturación acreditativa de la solvencia técnica de la empresa licitadora la producida como autónomo, dado que dicha empresa ha incorporado nuevos epígrafes a su antiguo objeto social.
- (ii) Si la facturación exigida era o no con IVA incluido y si se había considerado el impacto del COVID en la facturación en una playa distinta a la que se refiere el contrato impugnado.

La recurrente afirma que se le respondió que no se preveía problema alguno, por lo que se animó a participar en la licitación; se alega que, de haber conocido los acontecimientos posteriores, no habría presentado oferta o hubiera impugnado los pliegos.



- b) El adjudicatario no alcanzaba la inversión mínima prevista en los pliegos y “sorpresivamente”, se efectuó una subsanación del acta que impedía la exclusión.
- c) El Ayuntamiento ha retenido la puntuación de los criterios sujetos a evaluación automática hasta evaluar la solvencia técnica, posiblemente para poder puntuar a conveniencia este apartado en el caso de no poder descalificar a la recurrente por falta de solvencia técnica.
- d) Además, la recurrente alega otras irregularidades de los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación, como la duración inusual en los contratos de servicios de hostelería, exigencia de una solvencia excesiva o configuración favorable al anterior licitador; asimismo, aprecia “una clara voluntad de que los licitarios debían ser los actuales explotadores”, lo que incluye una mínima publicidad de la licitación, interpretaciones restrictivas, etc.

SÉPTIMO: Alegaciones de MOLA MOLA

La adjudicataria impugnada solicita la desestimación del recurso por las razones que se sintetizan a continuación:

- a) Se adhiere a las alegaciones del poder adjudicador.
- b) El recurso contiene manifestaciones sobre el contenido de los pliegos, que no han sido impugnadas en tiempo y forma.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El Ayuntamiento de Orio se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:



a) El recurso carece de motivación jurídica alguna y se limita a realizar manifestaciones gratuitas, lo que dificulta la defensa del poder adjudicador. En todo caso, las alegaciones contra los pliegos son extemporáneas.

b) La solvencia técnica de la recurrente fue acreditada mediante documentación referida a la empresa recurrente, pero también con otros documentos referidos a una persona natural (el representante de la recurrente en este procedimiento de recurso). El Ayuntamiento alega que la documentación solo puede referirse a la licitadora. Además, dicha empresa no modificó su objeto social para incluir en él las actividades de hostelería.

c) Se alega que los pliegos han optado por acreditar la solvencia mediante el “importe acumulado del negocio”, concepto en el que no se incluye el IVA. Por otro lado, el importe exigido no se acredita ni siquiera sumando los importes justificados por la persona física y la empresa licitadora.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El escrito de recurso, muy desordenado y confuso, contiene, en resumen, los siguientes motivos de impugnación del acuerdo de adjudicación (el cual incluye también la exclusión de la recurrente):

- (i) No haber podido computar para la acreditación de la solvencia técnica los servicios prestados por el administrador único de la empresa recurrente a pesar de la continuidad entre ambas personas y no haber podido incluir el IVA en el volumen de negocio requerido.
- (ii) El adjudicatario no alcanzaba el importe mínimo de inversión exigido y se le permitió subsanarla.
- (iii) Se alegan irregularidades en la evaluación de los criterios sujetos a evaluación automática.



El recurso menciona también otras supuestas irregularidades cuya impugnación no puede admitirse por referirse al contenido de los pliegos, los cuales son firmes por no haber sido recurridos en el plazo autónomo legalmente establecido para ello, tales como la excesiva duración del contrato, un umbral de solvencia excesivo, etc.). Tampoco pueden tenerse en cuenta otros contenidos por su carácter genérico, sin especificar actuaciones concretas impugnadas ni señalar las normas infringidas (interpretaciones restrictivas, voluntad del poder adjudicador de adjudicar el contrato a los actuales explotadores del servicio, etc.). Debe recordarse que en el recurso especial ha de constar el motivo que lo fundamente (artículo 51.1 de la LCSP); de lo contrario, el escrito de interposición se convertiría en una denuncia o mera manifestación genérica de disconformidad de la que difícilmente puede defenderse el poder adjudicador y sobre la que mal pueden alegar otros interesados. Por ello, si este Órgano diera curso a estas alegaciones estaría favoreciendo la indefensión del poder adjudicador y de los demás interesados concediendo una ventaja antijurídica a quien no ha formulado con una mínima concreción su posición, convirtiendo la deficiencia en preeminencia (ver, por todas, la Resolución 163/2021 del OARC / KEAO).

A la vista de lo señalado, de las alegaciones de los interesados y del resto de la documentación que consta en el expediente, a continuación se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad del recurso.

a) Sobre la solvencia del recurrente

Las alegaciones de la recurrente sobre su acreditación de la solvencia técnica deben desestimarse por las siguientes razones:

- 1) En el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) aportado por la recurrente, en su apartado II (información sobre el recurso a la capacidad de otras entidades, a la pregunta sobre si basa el cumplimiento de los criterios de selección en la capacidad de dichas otras entidades, el



recurrente responde “No”. Consecuentemente, no cabe que, a la vista de este contenido, la empresa pretenda luego integrar su solvencia (artículo 75 LCSP) con la de otra persona distinta de ella. Ello sería contrario a la misma esencia del DEUC, que es probar preliminarmente que, en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas, ya se satisfacían los requisitos de admisión exigibles y se estaba en disposición de acreditarlo en cualquier momento procedimental en que se le exigiese, precisamente en los términos expresados en el DEUC. Admitir una acreditación de la solvencia en una forma diferente de la señalada en el DEUC supondría permitir la aportación de documentos no sustituidos por dicho DEUC, cuyo propósito es justamente evitar la presentación al principio del procedimiento de adjudicación de los documentos a los que se refiere (ver, por todas, la Resolución 54/2018 del OARC / KEAO) y, en definitiva, sería una alteración de la oferta. Por otro lado, la recurrente tampoco presentó el DEUC de la persona física cuya solvencia pretende integrarse con la propia, como pide el mismo punto II C) del DEUC.

- 2) No consta en el recurso ni en el expediente ningún dato que permita concluir la alegada continuidad entre la persona física cuya solvencia se invoca y la empresa licitadora (ahora, recurrente), por mucho que la primera sea administradora única de la segunda. Por el contrario, solo consta que se trata de dos personas diferentes.
- 3) Por último, más allá de la declaración de la recurrente, no consta que el poder adjudicador le haya dado a entender que aceptaría una acreditación de la solvencia como la que defiende el recurrente.

b) Sobre el incumplimiento de la oferta del recurrente y su subsanación

Debe desestimarse la alegación sobre el incumplimiento por la adjudicataria del volumen mínimo de inversión requerido en los pliegos. En primer lugar, en el caso de ser cierto el incumplimiento de dicha inversión mínima, la consecuencia



no sería la exclusión de la proposición, sino la atribución de “0” puntos en los correspondientes criterios de adjudicación (ver el apartado 11.1 del PCJ) lo que, a la vista de que la oferta de la recurrente está correctamente excluida por falta de solvencia, concluiría igualmente en la adjudicación en favor de MOLA MOLA. No obstante, según consta en la oferta y se refleja en el acta de la Mesa de contratación de 16/2/2024, la inversión propuesta asciende a 93.421,47 euros para el periodo inicial y la ofertada para el periodo de prórroga a 28.000 euros, importe superior a los importes mínimos exigidos en el citado apartado 11.1 del PCJ. Finalmente, no consta ninguna “subsanción” del acta, lo que es coherente con el hecho de que la proposición de MOLA MOLA ya satisfacía el umbral de inversión mínimo requerido.

c) Sobre el resultado de la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a fórmula

La alegación de que el Ayuntamiento ha retenido el resultado de los criterios sujetos a evaluación automática hasta evaluar la solvencia técnica no es sostenible. Según consta en el acta de la Mesa de 16/2/2024, en dicha reunión se dio cuenta del resultado de la evaluación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor (favorable al recurrente) y, posteriormente, se abrió en acto público el sobre correspondiente a los criterios automáticos, como pide el artículo 146.2 LCSP.

d) Conclusión

A la vista de todo lo anterior, el recurso debe desestimarse

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 JURDAN GRIJALBA, S.L. contra la adjudicación del contrato “concesión administrativa de ocupación del edificio nº 2 de la Playa Antilla de Orio, para la prestación de los servicios de hostelería autorizados por el Ayuntamiento”, tramitado por el Ayuntamiento de Orio.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación de conformidad con el artículo 57.3 de la LCSP.

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

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

Vitoria-Gasteiz, 2024ko abenduaren 18a

Vitoria-Gasteiz, 18 de diciembre de 2024