



EB 2022/029

Resolución 81/2022, de 16 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 la mercantil BPXPORT XXI, SLU contra la adjudicación del contrato de “Servicios deportivos, de recepción y mantenimiento en el Patronato Municipal de Deportes de Azpeitia”, tramitado por el Ayuntamiento de Azpeitia.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 11 de febrero de 2022 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 la mercantil BPXPORT XXI, SLU contra la adjudicación del contrato de “Servicios deportivos, de recepción y mantenimiento en el Patronato Municipal de Deportes de Azpeitia”, tramitado por el Ayuntamiento de Azpeitia.

SEGUNDO: El mismo día 11 de febrero este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, 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). Dicha documentación se recibió el día 16 de febrero.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 17 de febrero, se han recibido alegaciones de la empresa BIZIKJF KOOP. ELK. TXIKIA (en adelante, BIZIKJF), adjudicataria impugnada, el día 1 de marzo.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de B.B.P. 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 que tienen por objeto 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

El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 50.1 de la LCSP.



QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

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

SEXTO: Alegaciones de la recurrente

La recurrente alega, en síntesis, lo siguiente:

a) El PCAP establece que si la empresa licitadora recurre a la solvencia de otras entidades debe presentar un DEUC por cada una de ellas en el sobre 1. Sin embargo, en el expediente de contratación consta que BIZIKJF, adjudicataria del contrato, ha aportado los siguientes DEUC:

- DEUC suscrito por BIZIKJF el 15 de octubre de 2021, que coincide con la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas.
- DEUC de KIROLO JARDUERA EFIK, firmado el 17 de diciembre de 2021, que no fue presentado junto con la oferta inicial.
- DEUC de BASQUE WATER SAFETY de 18 de enero de 2022, que tampoco fue presentado con la oferta inicial.

b) Se han presentado hasta dos DEUC distintos del inicial que, sin perjuicio de la modificación de la oferta inicial, no cumplen con los umbrales del PCAP y que deberían haber sido descartados por la fecha de la firma digital y de presentación.

c) La empresa clasificada en segundo lugar, SPRINTM, debe ser excluida, ya que se le concede un plazo para completar su oferta económica con el desglose del precio, con flagrante infracción de los pliegos que de manera clara y expresa establecen que dicha omisión es causa de exclusión (página 17 del PCAP).



d) Finalmente, solicita la exclusión de las empresas clasificadas en primer y segundo lugar en el orden de clasificación y se acuerde la adjudicación a favor de la recurrente y, subsidiariamente, se acuerde continuar el procedimiento con el resto de empresas licitadoras.

SÉPTIMO: Alegaciones de BIZIKJF

El adjudicatario impugnado alega, en síntesis, lo siguiente:

a) Lo relevante no es que BIZIKJF aportara un nuevo DEUC de una tercera empresa para integrar su solvencia mediante medios ajenos, sino que tenía a su disposición los medios de KIROL JARDUERAK EFIK y de BASQUE WATER SAFETY desde la fecha de la firma y entrega de los compromisos de ambas empresas con anterioridad a la fecha final de presentación de ofertas, por lo que el nuevo DEUC aportado es consecuencia de un requerimiento de subsanación sobre un documento que existía con en el momento en el que BIZIKJF presentó su oferta.

b) No se infringe el principio de igualdad porque ninguna de las dos subsanaciones requeridas se realizó por el mismo motivo y todas fueron por defectos fácilmente subsanables. Además, los pliegos de la licitación no determinan que la subsanación de un DEUC sea motivo de exclusión.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con las siguientes razones:

a) En lo que respecta a la falta de presentación del DEUC, los órganos consultivos y los tribunales de contratos postulan una clara y contundente regla general de subsanabilidad en lo que respecta a la documentación administrativa o acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos (se cita el artículo 56.3



de la Directiva 2014/24/UE, el artículo 141 de la LCSP, el artículo 81 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el artículo 27.1 del Real decreto 817/2009, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP), siendo el momento límite en el que debe acreditarse la documentación, DEUC incluido, el de la adjudicación del contrato por no saber la licitadora exactamente qué entidades van a ser las encargadas de prestarle su solvencia.

b) En lo que respecta a la admisión de la oferta de SPRINTM sin que presentara los precios desglosados, que fueron solicitados por el poder adjudicador con posterioridad, se alega que la valoración de los motivos de oportunidad y legalidad corresponden a la mesa de contratación y que la valoración de la oferta económica se efectúa sobre el precio alzado. La subsanación no sitúa a SPRINTM en situación ventajosa y garantiza la concurrencia.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

A la vista de las alegaciones de los interesados y de la documentación que consta en el expediente, el OARC / KEAO formula las siguientes apreciaciones sobre la viabilidad de la pretensión del recurso:

a) Sobre la adjudicación del contrato a BIZIKJF

En esencia, se alega que BIZIKJF, adjudicataria del lote 1, ha modificado su oferta al acudir en el momento de la justificación de su solvencia a la integración con la de una tercera empresa no alegada en el momento de presentación de ofertas.

a 1) Sobre la acreditación de la solvencia por el licitador que ha presentado la mejor oferta

Este OARC / KEAO ya ha señalado en ocasiones precedentes (ver sus Resoluciones 54/2018, 52/2019 y 208/2021) que el DEUC es una forma de



cumplimiento provisional de los requisitos de aptitud para contratar fijados en las bases de la licitación. Consiste en una declaración actualizada del interesado que sustituye a los certificados expedidos por autoridades públicas o por terceros y que confirma que el licitador cumple con los requisitos de admisión al procedimiento, entre otros, los referidos a las condiciones de solvencia económica y financiera. Por lo que toca al objeto de la impugnación, son aspectos relevantes los siguientes:

- El DEUC debe ofrecer la información pertinente sobre las entidades de cuya capacidad depende el licitador, de modo que la verificación de esa información se pueda llevar a cabo simultáneamente a la verificación relativa a dicho licitador y en las mismas condiciones (Considerando 1 del Reglamento 2016/7 de la Comisión, que establece el modelo de DEUC).
- Un operador económico que participe en la licitación por su cuenta y recurra a la capacidad de una o varias entidades distintas de él mismo deberá garantizar que el poder adjudicador recibe su propio DEUC junto con otro DEUC separado en el que conste la información pertinente, por cada una de las entidades de que se trate (Anexo I del Reglamento 2016/7 y apartado II c) del modelo de DEUC). La misma exigencia se deduce del artículo 140.1 c) de la LCSP y de la cláusula 19.1.a) y del apartado 3 del Anexo II del PCAP del contrato impugnado.
- En un procedimiento abierto, el momento en el que el operador económico debe presentar su DEUC y el de las entidades a cuyas capacidades recurre es el momento de presentación de las ofertas (artículo 59.1 de la Directiva 2014/24, artículo 140.1 a) de la LCSP y cláusula 19.1.a) del PCAP.)



a 2) Sobre la solvencia de la adjudicataria

Analizada la documentación que consta en el expediente de contratación remitido por el poder adjudicador, se observa:

- 1) En el sobre que contiene la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia consta un DEUC cumplimentado por BIZIKJF de fecha 15 de octubre de 2021 en el que se contesta con un “SÍ” la pregunta acerca de si se basa o no en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección contemplados en la parte IV del DEUC (apartado II c) del documento), pero no consta la presentación de los DEUC de las empresas a cuyas capacidades se recurre al objeto de integrar los criterios de selección. No obstante, se incorpora en dicho sobre el modelo de compromiso para la integración de la solvencia con medios externos que figura en el Anexo X al PCAP suscrito por KIROI JARDUERAK ERIK y datado el 9 de julio de 2021.
- 2) En cualquier caso, a la vista del apartado 1) anterior, no consta en la documentación aportada por BIZIKJF en el momento en el que depositó su oferta ningún indicio sobre la intención de integrar la solvencia de BASQUE WATER SAFETY en la suya propia. Esta circunstancia es alegada por BIZIKJF tras ser propuesta como adjudicataria del Lote 1 en la fase del procedimiento de adjudicación en la que ha de justificar las declaraciones contenidas en el DEUC (artículo 150.2 de la LCSP).
- 3) Este OARC / KEAO considera que no cabe la acreditación de la capacidad técnica de un modo distinto al que especificó en el sobre que contiene la documentación relativa a la aptitud del licitador, en este caso, el DEUC en relación con la documentación complementaria aportada en dicho sobre tendiente a identificar al operador económico a cuyas capacidades se recurre (anexo X al PCAP). 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 probarlo en cualquier momento procedimental en que se le exigiese y de hacerlo precisamente en los términos ya expresados en el DEUC. Admitir la acreditación de la forma en la que lo ha efectuado la adjudicataria sería tanto como permitir la aportación de documentos no sustituidos por la declaración incorporada al DEUC, cuyo propósito es justamente sustituir la presentación de los citados documentos (ver la Resolución 54/2018 de este OARC / KEAO).

a 3) Sobre la procedencia de la subsanación

En el momento en el que depositó su oferta, BIZIFJ declaró cumplir, en integración con KIROL JARDUERAK EFIK, con los requisitos de solvencia, declaración que no ha podido acreditar cuando se le ha requerido para ello. La incompatibilidad entre la declaración y documentación complementaria aportada en momento de presentación de las ofertas y la cláusula 19.a) y Anexo II y Anexo X del PCAP es clara; no se trata de una acreditación insuficiente sino, por el contrario, de la constancia de que el requisito no se cumple, por lo que no es posible acudir al trámite de subsanación establecido en el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pensado para los defectos de la documentación acreditativa, no para suplir las carencias probatorias de documentos formalmente correctos.

Por otro lado, el art. 69.4 Ley de Procedimiento Administrativo Común, de aplicación supletoria a los procedimientos regulados en el TRLCSP (ver su Disposición Final tercera), dispone que la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato que se incorpore a una declaración responsable determinará, entre otras consecuencias, la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho. En este sentido, la sustitución de la declaración inicial del DEUC por una posterior en sentido contrario porque introduce una nueva empresa con la que se integraría la solvencia es esencial, ya que afecta a una de las condiciones personales del licitador imprescindibles



para acceder al contrato (artículo 65.1 de la LCSP en relación con el 39.2 a) de la misma Ley).

Consecuentemente, este motivo de impugnación debe ser estimado.

b) Sobre la oferta de SPRIMTEM

Resulta pacífico que la empresa SPRIMTEM no presentó junto con su oferta el desglose por servicios de la oferta económica global efectuada al lote 1.

El PCAP en su apartado 18.2.1, dice así:

El precio máximo de licitación sin IVA para los servicios anteriormente señalados será: 489.147,22 €. El criterio de valoración será el mejor precio **junto con la oferta económica debe obligatoriamente presentarse el desglose del precio total en cada servicios que componen esta parte de la prestación** (será motivo de exclusión la no presentación de dicho desglose).

El artículo 139 LCSP establece que las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y demás documentos contractuales que rigen el procedimiento de adjudicación y, en el supuesto que nos ocupa, la cláusula 18.2.1 del PCAP exige un desglose del precio global ofertado con sanción expresa de exclusión si no se presenta este documento. Es posible que los datos relativos a la oferta de un licitador puedan corregirse o completarse de manera puntual, en particular cuando sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos. No obstante, la aclaración no puede paliar la falta de un documento o de alguna información cuya aportación exigiesen los pliegos de la contratación (ver, en este sentido, la Resolución 54/2018 del OARC / KEAO) y que, como en este caso, su omisión fuese penalizada expresamente con la exclusión de la oferta. Finalmente, cabe manifestar que, en el contrato que nos ocupa, el desglose del precio del contrato por servicios no es una información irrelevante sino que, por el contrario, goza de relevancia contractual, toda vez que la facturación de la prestación se efectuará por cada servicio (apartado 10 del cuadro de características del PCAP).



c) Conclusiones

A la vista de lo señalado en los apartados anteriores el recurso debe ser estimado, anulando el acto impugnado y acordando la exclusión del procedimiento de adjudicación de las ofertas de las empresas BIZIKJF KOOP. ELK. TXIKIA, adjudicataria impugnada, y de SPRINTTEM, clasificada en segundo lugar en el orden de clasificación, con retroacción de las actuaciones para continuar el procedimiento de adjudicación según 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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso interpuesto por la mercantil BPXPORT XXI, SLU contra la adjudicación del contrato de “Servicios deportivos, de recepción y mantenimiento en el Patronato Municipal de Deportes de Azpeitia”, tramitado por el Ayuntamiento de Azpeitia, anulando el acto impugnado y con los efectos señalados en el apartado c) del Fundamento Jurídico noveno.

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: De conformidad con lo establecido en el apartado 57.4 de la LCSP, se deberán remitir a este Órgano las actuaciones efectuadas en orden a la ejecución de esta Resolución.

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, 2022ko maiatzaren 16a

Vitoria-Gasteiz, 16 de mayo de 2022