



EB 2021/082

Resolución 127/2021, de 26 de julio, 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 PENTER COMERCIAL, S.A. contra la adjudicación del contrato de “servicio de reprografía y custodia de las pruebas de acceso a la UPV / EHU”, tramitado por UPV / EHU.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 10 de mayo de 2021 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 PENTER COMERCIAL, S.A. (en adelante PENTER) contra la adjudicación del contrato de “servicio de reprografía y custodia de las pruebas de acceso a la UPV / EHU”, tramitado por UPV / EHU.

SEGUNDO: El mismo día 10 de mayo 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). La documentación relativa al expediente de contratación se ha recibido el día 11 de mayo y el informe del poder adjudicador el día 28 de mayo.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados en el procedimiento el día 20 de mayo, no se han recibido alegaciones.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.M.S.A. 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 superen 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. En el presente supuesto, la recurrente impugna el acuerdo de adjudicación mediante el que se le excluye de la licitación.

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, la UPV/EHU 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

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

- a) Como cuestión preliminar se quiere dejar constancia de las irregularidades acaecidas en la adjudicación del servicio. En el procedimiento anterior se abrió el sobre económico el 10 de marzo de 2021 y hasta el 10 de julio de 2021, fecha en la que se publica en la plataforma de contratación la desestimación de las ofertas, no se hace ningún movimiento en el expediente.
- b) Visto el juego combinado de todos los requisitos técnicos exigidos (estar en disposición de prestar, sin personal ni medios subcontratados, el servicio en todo el País Vasco en pocas horas y el haber participado en procesos similares de carácter masivo con al menos 10.000 participantes), se deduce que sólo una empresa radicada en el País Vasco es quien puede hacerlo (J.L. CORRAL, S.L.) que es la empresa que lo ha hecho por adjudicación directa
- c) No se comprende cómo habiendo obtenido mayor puntuación que la adjudicataria y habiendo presupuestado el trabajo en un 50 % menos de coste, es excluida la oferta de la recurrente por falta de solvencia, teniendo en cuenta que a una empresa de nueva creación sólo se le exigiría tener personal y maquinaria. Es una forma de estimular el fraude de ley: crear una empresa ex novo para este contrato.
- d) No se entienden los argumentos de la Mesa de contratación para considerar que no se cumplen los requisitos técnicos, ya que los trabajos acreditados son más complejos y de nivel de protección de datos igual o más altos que el de reproducción y distribución de exámenes.
- e) Improcedencia de la adjudicación a J.L. CORRAL que, (i) ni tiene elementos de transporte propios y apenas tiene dos empleados en plantilla, lo cual le impide desarrollar en tan pocas horas el servicio requerido sin subcontratar los servicios, lo cual ha sido motivo de exclusión de otros licitadores, (ii) le resulta del todo



imposible cumplir el cronograma, (iii) no puede garantizar la seguridad de los exámenes ni evitar sustracciones habida cuenta de que su único centro de distribución está en un lugar frecuentado por cientos de estudiantes y clientes.

f) Finalmente, se solicita la anulación de la resolución de adjudicación, que contiene la exclusión de PENTER, y que se ordene dictar otra por la que se adjudique a este última el contrato.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

Por su parte, el poder adjudicador alega lo siguiente en oposición al recurso:

a) Aunque resulta improcedente someter a opinión del OARC las manifestaciones sobre el procedimiento de contratación para las pruebas del año 2020, se contesta que entre el 10 de marzo y 3 de julio de 2020 no se produjo ninguna actuación debido a que, en aplicación de lo dispuesto en la Disposición adicional tercera del RD-ley 463/2020, de 14 de marzo, se suspendieron los términos y se interrumpieron los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público. Efectuado el levantamiento de la suspensión con efectos desde el 1 de junio de 2020 por el RD-Ley 537/2020, se decidió acudir al procedimiento negociado por razones de urgencia y desistir del procedimiento de contratación en tramitación debido a la proximidad de las fechas de los exámenes.

b) No cabe impugnar los requisitos de solvencia con motivo de la adjudicación, pues ha transcurrido el plazo preclusivo para la impugnación de los pliegos y, en este caso, no procede el recurso indirecto, pues la discriminación alegada en el establecimiento de los requisitos de solvencia pudo haber sido recurrida en su momento.

c) El órgano de contratación, de forma proporcional y en el ejercicio de su libertad de configuración de los requisitos de solvencia, puede establecer un mínimo necesario para la buena ejecución del contrato. A este respecto, ninguno



de los dos trabajos alegados por la recurrente posee características similares al que constituye el objeto del contrato, ya que (i) no se refieren a pruebas o a convocatorias, (ii) no acreditan experiencia en servicios que exijan especiales medidas de seguridad y confidencialidad, entendidas éstas como garantías en la impresión, custodia, transporte y distribución de no revelar el contenido de las pruebas a terceros y (iii) no cabe el valor agregado de todos los servicios.

d) Es irrelevante que JL CORRAL ejecute el contrato con medios materiales o humanos propios, lo relevante es que pueda disponer de ellos y esta disponibilidad se puede alcanzar mediante títulos diferentes al de la propiedad, como el arrendamiento en el caso de bienes materiales o la contratación temporal en el caso de los personales.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis dejando al margen las manifestaciones de contenido no impugnatorio que contiene el escrito, sobre las que este Órgano nada puede decir, el recurso plantea la improcedencia de dos actuaciones del poder adjudicador: (i) la exclusión de la oferta de la recurrente ya que se alega que, en contra de lo aducido por el poder adjudicador, goza de la solvencia técnica suficiente y (ii) la adjudicación del contrato a JL CORRAL por estimar que carece de los medios materiales y humanos suficientes para la ejecución del contrato de lo que derivará la neceisas de efectuar subcontrataciones no permitidas por los pliegos.

El análisis de la viabilidad de la pretensión debe partir del contenido de la documentación relevante para el caso que consta en el expediente:

PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

21.- SOLVENCIA, CLASIFICACIÓN, HABILITACIÓN Y ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS.

21.2.- Solvencia: los operadores económicos deben disponer de la siguiente solvencia:

(...)



• **Técnica o profesional. Requisitos:** una relación los principales servicios realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de los 3 últimos años, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior a **27.190,10 euros**.

Se considerarán servicios de igual o similar naturaleza aquellas pruebas o convocatorias realizadas con las siguientes características:

- Aquellas que hayan sido de carácter masivo; con al menos 10.000 participantes.
- Aquellas que hayan exigido especiales medidas de seguridad y confidencialidad.

A la vista de lo anterior y de la documentación que obra en el expediente, este Órgano efectúa las siguientes consideraciones:

a) Sobre la exclusión de la oferta de PENTER

PENTER, que ha efectuado la oferta económicamente más ventajosa, ha sido excluida del procedimiento de adjudicación por no acreditar la solvencia técnica exigida en la cláusula 21.2 del PCAP en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP. En concreto, la Mesa de contratación ha considerado que ninguno de los servicios aportados acreditan la ejecución de pruebas o convocatorias con al menos 10.000 participantes. Este Órgano considera que los argumentos en los que se basa el recurso deben ser desestimados por las siguientes razones:

- 1) La recurrente no rebate la motivación o las razones por las que la Mesa de contratación ha considerado que los documentos probatorios por ella aportados no satisfacen el umbral mínimo de experiencia en servicios similares establecido en la cláusula 21.2 del PCAP. Por el contrario, los argumentos del recurso manifiestan un desconocimiento del contenido y finalidad de la citada cláusula y del umbral mínimo de experiencia exigido, tal y como se desprende de las alegaciones acerca de (i) la solvencia técnica genérica de la empresa, cuestión que no ha sido puesta en duda por la mesa de contratación, (ii) que se han acreditado trabajos mucho más masivos, cuando el umbral mínimo exigido en el PCAP se refiere a pruebas o convocatorias de al menos 10.000 participantes y no a un valor acumulado de impresiones y empaquetados, (iii) que las medidas de



seguridad y confidencialidad a acreditar a la vista del PPT se refieren a los datos de carácter personal cuando de las obligaciones establecidas en el PPT (ver cláusulas 2.2 y 3) se desprende claramente que se refieren a la custodia de la documentación facilitada por el poder adjudicador en orden a garantizar el principio de igualdad en las pruebas convocadas.

- 2) Al argumento de que carece de lógica jurídica que a los operadores de nueva creación no se les exija el requisito de la experiencia, se le debe oponer el contenido del artículo 90.4 de la LCSP, conforme al cual En los contratos no sujetos a regulación armonizada, cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años, su solvencia técnica se acreditará por uno o varios de los medios a que se refieren las letras b) a i) anteriores, sin que en ningún caso sea aplicable lo establecido en la letra a), relativo a la ejecución de un número determinado de servicios. Tal y como ha manifestado este OARC / KEAO en su Resolución 126/2020, este artículo supone una “discriminación positiva” para los operadores económicos de nueva creación que les exime de presentar cierta documentación acreditativa, en concreto, la relativa a la relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, pero no exime a estos operadores económicos de satisfacer un umbral mínimo de capacidad técnica equivalente al marcado en los pliegos con carácter general y acreditable por la relación de servicios prestados, y que ha sido especificada por el poder adjudicador en la cláusula específica 21.2 mediante la exigencia de que se acrediten las Instalaciones técnicas suficientes, maquinaria de fotocopiado masivo para hacer frente al número de copias estimadas en el PPT, así como personal suficiente para su ejecución en condiciones óptimas.
- 3) La alegación de que únicamente puede acreditar la experiencia requerida por los pliegos quien ha ejecutado este servicio con anterioridad debe ser desestimada a la vista de que nos hallamos ante unos pliegos firmes y consentidos por la recurrente, quien en el momento de la presentación de la oferta conocía la cláusula y su alcance. De considerar que dicha cláusula suponía una barrera injustificada de acceso a la licitación, debía



haberla impugnado en su momento. A este respecto, es reiteradísima la doctrina de que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes y consentidos una vez que no se ha interpuesto en plazo el correspondiente recurso, vinculando tanto a la Administración como a los licitadores. Esta regla general se basa en obvias razones de seguridad jurídica, por lo demás comunes a la preclusión de todo plazo impugnatorio, tanto si se trata de recursos administrativos ordinarios o el especial como el jurisdiccional; además en el ámbito contractual hay que añadir las razones de buena fe que presiden la vida del contrato: no la habrá si se aceptan y no se impugnan los pliegos, y se reacciona sólo cuando su aplicación resulta adversa (ver, por ejemplo, Resolución 14/2011 del OARC/KEAO y, entre muchas, la STS 22/3/2021, ECLI:ES:TS:2021:1196).

b) Sobre la adjudicación del contrato a JL CORRAL

Los argumentos de la recurrente sobre la carencia por JL CORRAL de elementos de transporte y de trabajadores necesarios para la ejecución del trabajo deben ser desestimados por varias razones:

- 1) JL CORRAL ha acreditado la solvencia técnica exigida en los pliegos de la licitación, la cual no ha sido impugnada por la recurrente, por lo que goza de la solvencia económica y técnica requerida por el órgano de contratación para la ejecución del contrato.
- 2) La posible carencia de medios de transporte propios y del número de personal de plantilla propio necesario para la ejecución del contrato no impide a la adjudicataria ejecutar todas las prestaciones del PPT sin acudir a la subcontratación, ya que nada le impide acudir a fórmulas organizativas que le permitan suplir dichas supuestas carencias como, por ejemplo, alquilar los vehículos necesarios para efectuar el transporte de los exámenes o incrementar la plantilla de trabajadores mediante contratos laborales celebrados al efecto.



- 3) En cualquier caso, la eventual posibilidad de que la adjudicataria deba acudir a la subcontratación para la realización de la prestación es una cuestión que el poder adjudicador deberá verificar durante la ejecución del contrato, al igual que lo es el cumplimiento del resto de obligaciones contenidas en los pliegos, como el aseguramiento del deber de confidencialidad.

c) Conclusión

Conseceuntemente, el recurso debe ser desestimado.

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 PENTER COMERCIAL, S.A. contra la adjudicación del contrato de “servicio de reprografía y custodia de las pruebas de acceso a la UPV / EHU”, tramitado por UPV / EHU.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.



CUARTA: 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 uztailaren 26a

Vitoria-Gasteiz, 26 de julio de 2021