

## ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES EUSKADI

### RESOLUCIÓN 53/2016

**EB 2016/032**

Resolución 053/2016, de 21 de abril de 2016, del 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 interpuesto por SPORT STUDIO SERVICIOS DEPORTIVOS, S.A. contra la adjudicación del contrato de “Servicios para la promoción deportiva y la empleabilidad de las personas deportistas de alto nivel para fomentar el deporte de calidad mediante el desarrollo y ejecución de los cursos divididos en los siguientes lotes: Raquetas (Tenis y Padel), Yoga, Modalidades Indoor, Artes Marciales y Actividades acuáticas, lotes 1 y 2”, tramitado por Getxo Kirolak.

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: Con fecha 7 de marzo de 2016 la empresa SPORT STUDIO SERVICIOS DEPORTIVOS, S.A. interpuso un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de “Servicios para la promoción deportiva y la empleabilidad de las personas deportistas de alto nivel para fomentar el deporte de calidad mediante el desarrollo y ejecución de los cursos divididos en los siguientes lotes: Raquetas (Tenis y Padel), Yoga, Modalidades Indoor, Artes Marciales y Actividades acuáticas, lotes 1 y 2”, tramitado por Getxo Kirolak.

SEGUNDO: El día 9 de marzo se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), petición que tuvo que ser reiterada ante la falta de respuesta por parte de Getxo Kirolak, que tampoco respondió a la segunda petición. El día 23 de marzo de 2016 se puso en conocimiento del recurrente este incidente, al objeto de que al amparo del artículo 28.5 del Reglamento de los procedimientos especiales de decisiones en materia contractual aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RMC), alegara lo que considerara conveniente a su derecho y aportara los documentos que considerase apropiados para la resolución del recurso, trámite al que el recurrente dio cumplimiento mediante escrito de 29 de marzo de 2016.

Remitido por GETXO KIROLAK, el 30 de marzo de 2016 tuvo entrada el registro del OARC / KEAO el expediente de contratación, sin que a la fecha de emisión de la presente resolución se haya recibido el informe al que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

TERCERO: Solicitado por la recurrente el levantamiento de la suspensión de la tramitación del procedimiento, el OARC / KEAO adoptó la Resolución B-BN 08/2016, de 12 de abril de 2016, accediendo a dicha petición.

CUARTO: Solicitadas alegaciones a los interesados con fecha 13 de abril, no se ha recibido ninguna.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO: Consta la legitimación del recurrente y la representación de Don F.J. P.P. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 b) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros.

TERCERO: El objeto del recurso es un acto impugnado, en concreto, la adjudicación del contrato (artículo 40.2 c) TRLCSP).

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, GETXO KIROLAK tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) En ejecución de la Resolución 125/2015 del OARC / KEAO, GETXO KIROLAK adjudicó a la recurrente los lotes 1 y 2 del contrato impugnado; la propuesta de adjudicación de ambos lotes se realizó sobre la base de un contrato de dos años, calculándose la garantía a constituir precisamente sobre esa duración. Sin embargo, la adjudicación se produjo con una duración inferior, cuando los pliegos establecían la citada duración de dos años.

b) La duración fijada en la adjudicación es perjudicial para la recurrente, que elaboró su oferta con la premisa de la duración señalada en los pliegos; asimismo, el retraso en la fecha de adjudicación inicialmente prevista (septiembre de 2015) se ha producido sin culpa suya, debido a la tramitación y los efectos de la Resolución 125/2015.

c) La actuación de la Administración atenta contra el principio de igualdad de trato porque al primer adjudicatario sí se le concedieron los dos años. Por otro lado, el valor estimado del contrato se calculó sobre la base de una duración dos años prorrogables, con equivalencia en un número de horas de trabajo en función de cada lote de conformidad con el contenido del pliego de prescripciones técnicas (PPT), haciéndose referencia a dos temporadas de cursos como una explicación evidente si se cumpliera la premisa prevista en el pliego, de que el contrato comenzara a ejecutarse el 1 de octubre de 2015. Dado que dicha condición no se cumplió, la duración de dos años no puede coincidir con dos temporadas completas de cursos, y el plazo deberá extenderse durante tres temporadas de cursos (una completa y dos incompletas); en cambio, la solución adoptada por el acto impugnado quiebra los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, confianza que llevó a SPORT STUDIO a elaborar su oferta con la expectativa de un plazo mínimo de dos años.

d) El recurrente rechaza que la adjudicación que entiende correcta pueda crear problemas operativos para GETXO KIROLAK que no puedan arreglarse fácilmente.

e) El poder adjudicador ha cambiado de criterio sobre la cuestión debatida sin respetar las garantías de motivación y audiencia previa (artículos 54.1 c) y 84 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, LRJ - PAC), y sin que se compense al recurrente por la reducción del plazo ni se reajuste la garantía definitiva.

f) Finalmente, se solicita anular el acto recurrido y declarar que la duración del contrato ha de ser de dos años y, subsidiariamente, manteniendo la vigencia del resto del clausulado del contrato, que se ordene al poder adjudicador que adapte el contrato en los términos expresados en el recurso.

SÉPTIMO: El recurso ataca la adjudicación del contrato por entender que no se ajusta a los pliegos, que establecen en dos años la duración inicial del contrato; en concreto, el acto impugnado dispone que “el contrato se adjudicará hasta el 30/09/2017, prorrogable anualmente hasta un máximo de dos años desde la firma del contrato administrativo”.

La viabilidad del motivo de recurso debe analizarse partiendo del artículo 23 TRLCSP, que especifica que la duración del contrato se establecerá teniendo en cuenta, entre otros factores, “la naturaleza de las prestaciones”. En este caso, el contrato es de los denominados de tracto sucesivo, en los que el

adjudicatario no se compromete a obtener un resultado (como sucede, por ejemplo, en el contrato de obra), sino a desplegar una actividad durante un periodo de tiempo determinado, incluso aunque esa actividad se componga de una multiplicidad de pequeñas prestaciones de resultado. En estos contratos, la duración marca el periodo durante el que debe mantenerse la relación, el “tracto” o lapso temporal que es el verdadero objeto del contrato, siendo el tiempo más esencial en estos contratos que en los de resultado porque no es sólo una condición de la ejecución del objeto contractual, sino parte del objeto contractual mismo. En ellos, la duración es proporcional a su valor económico (razón por la que las prórrogas se computan para el cálculo del valor estimado, según el artículo 88 TRLCSP), lo que no sucede en los contratos de resultado.

Existen dos formas habituales para determinar el plazo de vigencia contractual: o por referencia a un periodo de tiempo (por ejemplo, dos años desde la formalización) o estableciendo una fecha o término concreto de inicio o finalización (desde o hasta el 30/09/2017, p.ej.). En general, es más adecuado el primer sistema, porque proporciona a las empresas interesadas, a los licitadores y, en última instancia, al contratista, una completa seguridad sobre la vigencia efectiva de los contratos de tracto sucesivo (de la que depende su volumen económico, como ya se ha dicho). En cambio, el segundo sistema genera inseguridad sobre la duración del contrato, ya que, al tener una fecha fija de finalización de la duración, el tiempo necesario para la adjudicación y formalización se resta de esta última, pudiéndose llegar al absurdo de que una tramitación excesivamente prolongada (por ejemplo, por la interposición de un recurso con efecto suspensivo) haga que el contrato acabe por tener una vigencia ridícula que desnaturalice completamente las bases de la licitación; asimismo, es un sistema contrario al principio de transparencia (artículo 1 TRLCSP), pues los cálculos de rentabilidad del licitador se basan, entre otros factores, en la remuneración total que espera obtener, la cual depende, a su vez, de la duración del contrato, que es incierta, e incluso al mandato de correcta determinación del objeto contractual (artículo 86.1 TRLCSP). Es por ello que la referencia a una fecha concreta debe reservarse a los contratos (normalmente de resultado) en los que el inicio o la finalización en dicha fecha es verdaderamente esencial, de tal manera que el cumplimiento extemporáneo ya no satisface el interés público (elaboración de un recurso judicial que debe entregarse antes de que finalice su plazo de interposición, por ejemplo).

Una vez que se ha establecido que del contrato se deriva una relación jurídica de tracto sucesivo y carácter periódico, vinculada además con un servicio público permanente y no meramente puntual, es claro que la forma de fijación de su duración que más le conviene es la que hace referencia a un periodo temporal. Ése es precisamente el sistema por el que, correctamente, optó el órgano de contratación, tanto para el periodo inicial como, incluso más claramente, para las prórrogas, como se deduce de la cláusula 4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que establece que “el contrato tendrá vigencia de dos años”, vigencia que debe entenderse iniciada, a falta de otra especificación, desde la perfección del contrato, la cual coincide con la formalización (artículo 27.1 TRLCSP). A juicio de este OARC / KEAO, la mención posterior “... para las temporadas y el verano de 2015 – 2016 y 2016 – 2017” no desmiente la conclusión anterior, pues

no es sino una especificación de las unidades de programación de la actividad (las “temporadas”) que, previsiblemente, incluirá el contrato, pero sin que ello sea esencial a la prestación, pues es claro que lo que interesa sobre todo es adquirir prestaciones que den continuidad al servicio durante un periodo, y no atender tal o cuál temporada concreta. A la mención de que “...el contrato se inicia a partir del 1 de octubre de 2015” cabe hacerle la misma observación: se refiere a la estimación inicial del PCAP a la vista de los plazos calculados de tramitación del procedimiento, y no a una fecha esencial para la satisfacción de la finalidad del contrato (si así fuera, la actuación consecuente del poder adjudicador sería renunciar al contrato, puesto que su cumplimiento es ya imposible). Además, debe señalarse que la cláusula 4 del PCAP fija las prórrogas, claramente y sin matización alguna, por años, lo que es una razón más para no aplicar una fórmula distinta para la determinación del periodo inicial.

Por todo ello, el recurso debe estimarse, lo que conlleva la anulación de la adjudicación impugnada. No obstante, el único vicio de legalidad que se aprecia es que el plazo de vigencia es más breve que el que establecen los pliegos, si bien dicho plazo ilegal está necesariamente subsumido en el plazo correcto. Por ello, el principio de conservación de los actos administrativos (“utile per inutile non vitiatur”) que inspira los artículos 64.2 y 66 de la LRJ –PAC exige que la anulación del acto no sea total ni suponga retroacción de actuaciones, siendo suficiente que este OARC / KEAO declare que el acto impugnado debe entenderse modificado en el sentido de que el plazo de vigencia inicial del contrato es de dos años, estipulación que debe reflejarse igualmente en el documento de formalización (artículo 26 del TRLCSP, apartados 1 g) y 2).

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP 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, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

### **III.- RESUELVE**

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa SPORT STUDIO SERVICIOS DEPORTIVOS, S.A. contra la adjudicación del contrato de “Servicios para la promoción deportiva y la empleabilidad de las personas deportistas de alto nivel para fomentar el deporte de calidad mediante el desarrollo y ejecución de los cursos divididos en los siguientes lotes: Raquetas (Tenis y Padel), Yoga, Modalidades Indoor, Artes Marciales y Actividades acuáticas, lotes 1 y 2”, tramitado por Getxo Kirolak, anulando el acto impugnado con los efectos establecidos en el último párrafo del Fundamento de Derecho Séptimo de la presente Resolución.

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

TERCERO: 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 49 del TRLCSP.