

**ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES EUSKADI**  
**RESOLUCIÓN 85/2019**

**EB 2019/052**

Resolución 085/2019, de 30 de abril, 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 BPXPORT XXI, S.L. contra los pliegos del contrato de “Servicios para la ejecución y desarrollo de las actividades de fitness de Getxo Kirolak”, tramitado por Getxo Kirolak.

**I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 21 de marzo de 2019 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 BPXPORT XXI, S.L. (en adelante, BPXPORT) contra los pliegos del contrato de “Servicios para la ejecución y desarrollo de las actividades de fitness de Getxo Kirolak”, tramitado por Getxo Kirolak.

**SEGUNDO:** El mismo día de su presentación 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 entre los días 25 y 27 de marzo.

**TERCERO:** Con fecha 4 de abril, mediante la Resolución B-BN 12/2019, la Titular del OARC / KEAO acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación en virtud del artículo 49 de la LCSP

**CUARTO:** No constan en el expediente más interesados que la administración contratante y la mercantil recurrente.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO:** Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente, por ser una empresa que opera regularmente en el mercado prestando los servicios demandados en el contrato, y la representación de D. B.B.P., que actúa en su nombre.

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial los contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 100.000 euros.

### **TERCERO:** Impugnabilidad del acto

Según el artículo 44.2 a) de la LCSP son objeto de recurso especial los pliegos que rigen la licitación del contrato.

### **CUARTO:** Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

### **QUINTO:** Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Getxo Kirolak tiene la condición de poder adjudicador según el artículo 3 de la LCSP.

### **SEXTO:** Alegaciones del recurso

BPXPORT solicita anular los pliegos al considerar que vulneran el principio de igualdad de trato a los licitadores puesto que otorgan una ventaja a la actual empresa adjudicataria del contrato. En concreto, la entidad recurrente afirma que el material que como mínimo ha de aportar la adjudicataria (valorado por el Ayuntamiento en 181.000 €) es la maquinaria que actualmente dispone la empresa que está ejecutando el contrato, lo que infringe el artículo 40.b) de la LCSP al otorgar una ventaja a esta última. A mayor abundamiento, dicho material solo es amortizable en 30.000 € al año.

**SÉPTIMO:** Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega que la maquinaria requerida es la necesaria para la prestación del servicio, constituyendo un requerimiento de solvencia técnica. Respecto de la cantidad amortizable (30.000 euros), señala que dicho importe es el máximo previsto en el criterio de adjudicación “mejoras” de los elementos deportivos.

**OCTAVO:** Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurso reprocha la desigualdad de trato entre la actual adjudicataria y el resto de licitadores por la obligación de poner a disposición de la entidad contratante la maquinaria necesaria para la prestación del servicio solicitado en el Pliego de Condiciones Técnicas (en adelante, PCT), debido a que la primera ya dispone de dicho material, circunstancia que se ve agravada por el coste de amortización reseñado en el presupuesto desglosado del contrato. El análisis de este Órgano debe partir del contenido de las siguientes cláusulas específicas de los pliegos:

1) Pliego de Condiciones Técnicas:

PRIMERA.-

(...) Además, el adjudicatario deberá aportar la maquinaria y el material necesario para poder desarrollar correctamente el servicio.

No obstante, como mínimo deberá de incorporar la relación de material descrito en el anexo I de este pliego

SEGUNDA.- Las empresas adjudicatarias del servicio vendrá obligadas a:

Poner a disposición de Getxo Kirolak, al menos la maquinaria que se relaciona en el anexo I, y que está valorada en 181.000€. (...).

2) Pliego de Condiciones Administrativas Particulares:

AURREKONTO TARTEKATUA - % / URTEA - FITNES  
PRESUPUESTO DESGLOSADO - % 1 / AÑO - FITNESS

KONTZEPTUA/CONCEPTO		KOPURUA/IMPORTE
ZUZENEZKO KOSTUAK COSTES DIRECTOS	IINBERTSIAO ETA AMORTIZAZIOA KOSTUAK GASTOS Inversión / Amortización	30.000.-€

A la vista de ello, las apreciaciones del OARC / KEAO son las siguientes:

a) Sobre la ventaja de la actual adjudicataria

Este Órgano resolutorio ha manifestado con anterioridad (ver, por ejemplo, la Resolución 186/2018) que en todos los contratos de tracto sucesivo en los que la entidad adjudicadora decide iniciar un procedimiento de licitación para la adjudicación de un contrato que ha sido ejecutado hasta ese momento por un único contratista, la ventaja de la que éste último goza es, en realidad, inevitable y constituye de alguna manera una «ventaja inherente de facto». Dicha supuesta ventaja solo sería ilegítima si de los pliegos del contrato se observara una estructura de la obligación arbitraria o desproporcionadamente favorable al anterior adjudicatario, o si durante el procedimiento de adjudicación se reservara información útil para la elaboración de la oferta.

En el caso presente, la circunstancia de que una determinada empresa, concretamente la actual prestadora del servicio, disponga del equipamiento necesario para la ejecución del contrato de prestación del mismo servicio para el período temporal posterior al vencimiento del actual contrato, y que por ello no haya de asumir ciertos costes derivados de la transición de uno a otro operador, mientras que otras empresas interesadas, que pueden no disponer de dicho equipamiento, hayan de adquirirlo mediante la correspondiente inversión, no constituye una desigualdad o discriminación entre una y otros que derive de una decisión u opción adoptada por el poder adjudicador al redactar el Pliego, sino que se trata de una situación fáctica connatural a la existencia de un mercado de oferentes de bienes y servicios en régimen de libre competencia (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO). Por el contrario, debe afirmarse que el PCT redactado por Getxo Kirolak trata por igual a todos los licitadores, exigiendo de todos ellos, como no podría ser de otra manera, la prestación del mismo servicio, en idénticas condiciones, y empleando un equipamiento que debe reunir las mismas características técnicas y que ha de ser aportado por cualquiera de ellos en el caso de resultar adjudicatario. Por tanto, el PCT cumple lo exigido por los artículos 1.1 y 126.1 de la LCSP, permitiendo el acceso en condiciones de igualdad a los licitadores, y sin crear obstáculos injustificados a la apertura del contrato a la competencia.

Partiendo de esta base, lo que el PCT no puede hacer es impedir que un licitador ofrezca cumplir el contrato mediante unos equipos de los que ya dispone, por haberlos adquirido anteriormente para ejecutar el contrato ahora en vigor, de la misma manera que tampoco podría impedir que una empresa licitadora tuviera previsto cumplir el contrato utilizando equipos que no necesitara comprar a tal efecto, sino que ya fueran de su propiedad (por ejemplo, por haberlos adquirido con anterioridad para prestar un servicio a favor de otro cliente diferente). Tanto una como otra son situaciones de hecho que, como anteriormente se apuntó, no provienen de la configuración del Pliego por parte del poder adjudicador y que, además, no se aprecia cómo podrían ser evitadas sin recurrir a soluciones que, éstas sí, serían indudablemente contrarias a la igualdad y

no discriminación de los licitadores y a la lógica y al sentido común, e incluso manifiestamente absurdas (tales como vetar la participación del anterior contratista en la nueva licitación, para que no pudiera aprovechar su situación fáctica ventajosa, penalizarle o bonificar a los demás candidatos en la valoración de los criterios de adjudicación para compensar esa situación, obligar a que todos los licitadores adquirieran de nuevo todos los equipos necesarios para prestar el servicio, aunque ya dispusieran de ellos en perfecto estado de servir a tal fin, etc.). En definitiva, este Órgano considera que para estimar el motivo de impugnación el recurrente debería haber probado que se trata de una ventaja ilegítima o desproporcionada (lo que no se ha acreditado) y no de una ventaja imputable en exclusiva a la condición de anterior prestador del servicio y, por lo tanto, inevitable.

b) Sobre el coste de amortización

Además de lo señalado en la letra anterior, este OARC / KEAO considera que la alegación del recurrente de que, según se establece en el presupuesto desglosado del contrato, solo cabe amortizar 30.000 € de la inversión realizada por cada año de duración del mismo, es irrelevante. El coste de amortización que aparece en el desglose del presupuesto no es más que un mero cálculo o aproximación realizado por el poder adjudicador para la correcta estimación del precio del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 100.2 de la LCSP. Dicho cálculo no obliga al adjudicatario a la hora de aplicar este coste a sus cuentas, sino que será la normativa fiscal y/o contable correspondiente la que establezca las reglas o métodos de amortización que deben seguirse para su determinación, ni tampoco influye en el contenido de su oferta, la cual se elaborará de acuerdo con sus propias estimaciones económicas y estrategias comerciales. Por otro lado, los equipos podrán ser utilizados también en la ejecución de otros contratos, pues transcurridos los dos años de vigencia máxima del contrato impugnado, estos no pasan a ser propiedad del poder adjudicador.

c) Conclusión

A la vista de lo anterior, el recurso debe desestimarse en su integridad.

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:** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa BPXPORT XXI, S.L. contra los pliegos del contrato de “Servicios para la ejecución y desarrollo de las actividades de fitness de Getxo Kirolak”, tramitado por Getxo Kirolak.

**SEGUNDO:** Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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

**CUARTO:** Declarar que no se aprecia la concurrencia de temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

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