



EB 2015/110

Resolución 113/2015, de 16 de octubre de 2015, 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 en materia de contratación interpuesto por BIZKORTZEN, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de recepción y administración del equipo, actividades físico deportivas, socorrismo acuático y labores de mantenimiento en instalaciones deportivas municipales de Urnieta”, tramitado por KULTURNIETA, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 4 de septiembre de 2015 el operador económico BIZKORTZEN, S.L. interpuso recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Servicio de recepción y administración del equipo, actividades físico deportivas, socorrismo acuático y labores de mantenimiento en instalaciones deportivas municipales de Urnieta”, tramitado por KULTURNIETA, S.A.

El recurso, 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) fueron recibidos en este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales (en adelante, OARC / KEAO), el día 8 de septiembre de 2015.

SEGUNDO: El 11 de septiembre se trasladó el recurso a los interesados para la presentación de alegaciones, no habiéndose recibido ninguna.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente consta la legitimación del recurrente y la representación de Don V. C.C. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación 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 207.000 euros.

TERCERO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

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

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, KULTURNIETA, S.A. tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

SEXTO: El contenido del recurso es, en síntesis, el siguiente:

a) Según el apartado 20.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), el plazo para efectuar la valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor será de dos semanas desde el día siguiente a la celebración del acto de apertura; este plazo ha sido superado con creces, lo que supone un incumplimiento que debe conllevar la declaración de nulidad del procedimiento.

b) Las valoraciones de los citados criterios efectuadas sobre la oferta de la recurrente no pueden ser sino calificadas de ilógicas, arbitrarias y de desigualdad de condiciones con el resto de los candidatos. En concreto, no se



considera razonable que, en lo que se refiere al “Plan de fomento de actividades físico deportivas”, la empresa recurrente haya empatado con BPXSPORT (BPX), adjudicataria impugnada, cuando la motivación es mucho más favorable en el primer caso. Tampoco se considera adecuado que en el “Plan de mantenimiento”, BPXSPORT reciba mayor puntuación (5,75 frente a 3.66), habida cuenta de la motivación expuesta.

c) En cuanto a la valoración de las mejoras, el mismo criterio de adjudicación podría ser contrario al artículo 147.2 TRLCSP, pues no existen criterios previamente determinados y reglados. En todo caso, la motivación y la puntuación atribuida tampoco se consideran, en este caso, coherentes, si se comparan las puntuaciones de los tres licitadores.

d) El recurso considera que no consta el seguimiento de las normas que rigen la formación de la voluntad de los órganos colegiados, condición que afecta al “comité de expertos” que efectuó la valoración; así, no hay referencia a las reuniones, la metodología de trabajo, su opinión individual... Todo ello hace sospechar que del informe técnico no se ha hecho partícipe a los tres miembros designados.

e) Finalmente, se solicita la nulidad del acto impugnado y la cancelación de toda la licitación, ya que no es ya posible una retroacción de actuaciones que garantice la valoración separada que exige el artículo 150 TRLCSP; subsidiariamente, se solicita la retroacción hasta la apertura del sobre relativo a los criterios sujetos a juicio de valor para que se realice una valoración correcta.

SÉPTIMO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 161.4 TRLCSP, “de no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición”; por lo tanto, la demora en el plazo establecido en los pliegos no es causa de nulidad del procedimiento.



b) El órgano encargado de la valoración de las proposiciones es la Mesa de Contratación establecida en el PCAP, no el Comité de Expertos al que se refiere el artículo 150.2 TRLCSP; dicha valoración se llevó a cabo en el informe de 24 de julio de 2015, que la Mesa asumió.

OCTAVO: El primer motivo de impugnación es la superación del plazo previsto en los pliegos para la valoración de los criterios sujetos a un juicio de valor (dos semanas, según el apartado 20.3º del PCAP). Según el artículo 63.3 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (aplicable a la vista de la Disposición Final Tercera, 1, del TRLCSP), «la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo»; dado que la naturaleza del plazo no es, en este caso, de tal índole que su superación determine que la actuación extemporánea esté afectada de vicio de invalidez alguno, el motivo de impugnación debe desestimarse. En el mismo sentido, y como señala el poder adjudicador, el TRLCSP ya prevé en el artículo 161.4 TRLCSP una consecuencia específica para el retraso sobre el plazo previsto para adjudicar el contrato –la posibilidad de retirar la oferta–, lo que excluye la sanción de invalidez por infracción de un plazo esencial; con más razón, la superación de un plazo previsto en los pliegos para un acto de mero trámite, como es la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, debe considerarse como una mera irregularidad sin efecto invalidante. Por todo ello, este motivo de impugnación debe desestimarse.

NOVENO: Por lo que se refiere al órgano competente para la valoración de las ofertas, debe partirse de la base de que ni las Mesas de contratación ni el comité de expertos son figuras legalmente reguladas para los poderes adjudicadores que, como KULTURNIETA, S.A., no tienen la condición de Administración Pública. En este sentido, el artículo 190.1 a) TRLCSP establece expresamente que el artículo 150.2 TRLCSP, en cuanto recoge el comité de expertos, no es aplicable al procedimiento de adjudicación de los contratos



sujetos a regulación armonizada tramitados por estas entidades, por lo que, con mucho menos motivo será preceptivo para adjudicar contratos, como el analizado, no sujetos a regulación armonizada, cuyo procedimiento es menos exigente (ver el artículo 191 TRLCSP); asimismo, el artículo 320.1 TRLCSP, que se refiere a las Mesas de contratación, establece que se trata de órganos de asistencia de “los órganos de contratación de las Administraciones Públicas”. No obstante, nada impide que los Pliegos recojan un órgano colegiado con denominación y funciones análogas a las de la Mesa de Contratación, que es precisamente lo que ha hecho el PCAP en su apartado 20; así, se configura una Mesa entre cuyas funciones consta la valoración de los criterios de adjudicación, la clasificación de las ofertas por orden decreciente y la elevación de una propuesta de adjudicación al órgano de contratación. Como bien señala el poder adjudicador, la Mesa ha cumplido con estas funciones, incluida la de valorar los criterios sujetos a juicio de valor, aunque haya contado para ello con la asistencia de personal técnico pues ha asumido el contenido del informe que expresa dicha valoración. Por ello, este motivo de impugnación debe desestimarse.

DÉCIMO: El recurso impugna también, por ilógica y arbitraria, la puntuación atribuida en dos de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. Las alegaciones, en concreto, se refieren a lo siguiente:

a) En el criterio “Plan de fomento de actividades físico – deportivas” (12 puntos de ponderación) se otorgan 10 puntos a la recurrente, la misma puntuación que recibe la adjudicataria impugnada; sin embargo, la motivación de las puntuaciones es completamente distinta:

- Motivación de BPX

«Sobre el Plan de Fomento de Actividades físico-deportivas, la oferta que hace la empresa BPX, también está sobredimensionada, sobre todo si se tienen en cuenta los problemas estructurales que tiene el continente de las I.D.M. No se tiene en cuenta que las piscinas están limitadas sólo a los tres meses de verano. No hay referencias a



la campaña de natación escolar, ni a la campaña de deporte escolar que el Servicio Municipal de Deportes de Urnieta desarrolla anualmente con una importante participación de los escolares del municipio.»

- Motivación de BIZKORTZEN

«Sobre el Plan de Fomento de Actividades físico-deportivas, la oferta que hace la empresa BIZKORTZEN se refiere fielmente a la realidad actual de los equipamientos, espacios y horarios disponibles de las I.D.M. (tiene en cuenta la oferta de actividad física que el Ayuntamiento de Urnieta desarrolla en el centro Sarobe) y en gran medida satisface las expectativas actuales de los usuarios, aunque no incluye referencias a la campaña de natación escolar, ni a la campaña de deporte escolar que el Servicio Municipal de Deportes, de Urnieta desarrolla anualmente con una importante participación de los escolares del municipio.»

b) En el criterio “Plan de mantenimiento” (10 puntos) se otorgan 5,75 puntos a BPX y 3,66 puntos a BIZKORTZEN, siendo la motivación la siguiente:

- Motivación de BPX

«Sobre el Plan de Mantenimiento, BPX presenta un plan de mantenimiento teórico general, bien desarrollado, pero tan general que apenas tiene en cuenta las peculiaridades de las I.D.M. de Urnieta, recoge tareas de mantenimiento que no son objeto de esta contratación, como es el servicio de limpieza, por el contrario excluye tareas de mantenimiento que son realizables en esta adjudicación (instalación de ACS, limpieza del depósito), las frecuencias de algunas tareas de mantenimiento propuestas no alcanzan los estándares recogidos en las bases. Ofrecen una presencia anual de 1.900 horas para realizar las tareas de mantenimiento; Además en todo lo referente a los vestuarios, y a juzgar a las fotos que ilustran la oferta, hablan de otros que no tienen que ver con los de las I.D.M. En cualquier caso, la oferta se plantea como adaptable a las necesidades de las I.D.M. con protocolos de actuación que pudieran llegar a resultar interesantes para la mejora del servicio, esta falta de concreción ha sido valorada de forma negativa por las dificultades que a la larga suele generar su interpretación y aplicación en el día a día.»



- Motivación de BIZKORTZEN

«Sobre el Plan de Mantenimiento, la empresa BIZKORTZEN, presenta un plan sencillo y concreto, basándose en los pliegos técnicos y en la dinámica actual de trabajo en las instalaciones deportivas municipales de Urnieta, aportando datos reales de los espacios de trabajo a mantener, aunque las frecuencias de algunas tareas de mantenimiento propuestas no alcanzan los estándares recogidos en las bases. Ofrecen una presencia anual de 2.000 horas para realizar las tareas de mantenimiento. No presenta estudios o mejoras en la forma de trabajar o en la eficiencia con los medios disponibles en la actualidad.»

Antes de entrar en el fondo del asunto conviene recordar el criterio de este órgano resolutorio sobre el uso de la discrecionalidad técnica en la elaboración de los informes. Así, en numerosas resoluciones del OARC/KEAO (ver, por todas, las Resoluciones 58/2015 y 86/2015) se ha manifestado que «(...) en todo informe valorativo de propuestas contractuales concurren elementos reglados y discrecionales, admitiéndose que la Administración goza de un margen de discrecionalidad en el momento de valorar la proposición más ventajosa (STS de 24 de enero de 2.006 - recurso de casación 7645/00, RJ 2006, 2726 -), con cita de otras anteriores como las de 25 de Julio de 1989 - RJ 1989, 9811 -, 1 de junio de 1999 - RJ 1999, 2745 - y 7 de octubre de 1999 - RJ 1999, 8840 -). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de noviembre de 2009 (recurso nº 740/2009 8JUR 2010/140325) con cita, entre otras, de STC 353/1993 (LA LEY JURIS 2406-TC/1993). El control de este órgano únicamente se puede centrar sobre los aspectos que, conforme a la jurisprudencia sobre los procedimientos de concurrencia competitiva, son objeto de control a efectos de cumplir el mandato constitucional del artículo 9.3 CE, de interdicción de la arbitrariedad, pues acerca de lo que la jurisprudencia denomina “*núcleo material de la decisión*”, esto es, sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico competente, el OARC/KEAO no puede pronunciarse, siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos.»



Establecido en estos términos el límite del control que este Órgano puede efectuar, se observa que, en este caso, la aplicación del criterio de adjudicación “Plan de fomento de actividades físico – deportivas” conduce a atribuir la misma puntuación a ofertas valoradas de muy distinta manera. De la proposición de la recurrente se destacan varios aspectos claramente positivos (fidelidad a la realidad actual del servicio, satisfacción amplia de las expectativas de los usuarios) junto con otros negativos (no inclusión de referencias a varias campañas municipales). Por lo que se refiere a la proposición del adjudicatario, se destacan únicamente aspectos negativos (sobredimensionamiento de la oferta, no se tienen en cuenta límites del uso de las piscinas, no inclusión de campañas municipales). Debe tenerse en cuenta que motivar es dar plena razón del proceso lógico que ha llevado a adoptar una decisión, y que la funcionalidad de dicha motivación es, sobre todo, permitir el control por los operadores jurídicos (órganos de recursos, tribunales, interesados...) de la legalidad del ejercicio de una potestad discrecional. De la motivación expuesta se deduce una evidente infracción del principio de igualdad de trato que debe regir el procedimiento de adjudicación (artículos 1 y 139 TRLCSP), pues no cabe que dos ofertas tan radicalmente desiguales en sus elementos evaluables obtengan la misma puntuación.

A la valoración del criterio “Plan de mantenimiento” se le puede formular un reproche análogo; del texto de ambas motivaciones no puede, racionalmente, deducirse una puntuación mayor para el adjudicatario impugnado, pues la oferta del recurrente es más ventajosa en aspectos cuantificables (horas de presencia anual) sobre las que no cabe margen de apreciación, y es además descrita como más ventajosa en términos globales (sencillez y concreción frente a generalidad y falta de adecuación al caso), sin que parezca lógico que los aspectos negativos citados, más parciales (falta de estudios o mejoras en la firma de trabajar, p.ej.), justifiquen la diferencia de puntuación.

Consecuentemente, el recurso debe ser estimado en este punto. Dado que no cabe la retroacción del procedimiento para que se efectúe una nueva valoración ajustada a derecho porque no es ya posible que ésta se produzca



en la forma separada que exige el último inciso del artículo 150.2 TRLCSP, debe accederse a la petición del recurrente y cancelar la licitación.

UNDÉCIMO: El recurso también impugna la valoración de las mejoras. Este criterio es descrito escuetamente en el apartado 15 del PCAP como “Mejoras a introducir en el servicio” (8 puntos). En el informe técnico que justifica la aplicación de este criterio, se señala que algunas de las mejoras presentadas no se han valorado, y de las valoradas se ha considerado que las hay con importancia alta, media o baja, señalándose un listado agrupándolas por clases.

El artículo 147 TRLCSP establece la posibilidad de que el poder adjudicador acepte variantes o, como en el caso del criterio de adjudicación debatido, mejoras. No obstante, dicho precepto exige que se cumplan ciertos requisitos. Entre ellos, y por lo que interesa al objeto de este recurso, el artículo 147.2 TRLCSP establece que, si se autoriza la presentación de mejoras, debe precisarse sobre qué elementos pueden versar y en qué condiciones pueden ofertarse. Este precepto no es sino una aplicación específica de otro principio más general, el que establece que los criterios de adjudicación no pueden tener un contenido tal que supongan, de hecho, el otorgamiento al poder adjudicador de una libertad incondicionada para adjudicar el contrato; dicho de otro modo, la descripción de un criterio de adjudicación no puede ser tan vaga o genérica que no vincule en nada al órgano que valora las ofertas (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17/9/2002, asunto C-513/99).

Contrastado el criterio con esta normativa, se observa que el PCAP no precisa los elementos sobre los que versará la mejora, pues se emplea una redacción tan amplia (“Mejoras a introducir en el servicio”) que en absoluto se delimita qué tipo de mejoras van a valorarse ni sobre qué elementos pueden tratar; de hecho, en la valoración no se mencionan las mejoras no aceptadas, pero sí consta que se han puntuado propuestas referidas a aspectos tan diversos como la formación de los empleados, los certificados “Bai euskarari”, las



actividades solidarias, el buzón de sugerencias, los descuentos en tiendas deportivas o las jornadas de puertas abiertas. Ello implica que el criterio de adjudicación no puede ser aplicado sin caer en una arbitrariedad que permite al poder adjudicador actuar discriminatoriamente en perjuicio del principio de igualdad, pues no hay regla predeterminada alguna que limite su decisión o condicione el ejercicio de la discrecionalidad. Además, se infringe el principio de transparencia, pues los licitadores desconocen, en el momento de presentar sus ofertas, qué elementos de las mismas van a ser merecedores de una mejor puntuación.

Dando por sentada la ilegalidad del criterio de adjudicación, procede ahora analizar si el recurrente debe soportar la consecuencia de que los Pliegos no fueran recurridos en el momento procesal oportuno. Como es bien sabido, una abundante y constante jurisprudencia considera que los Pliegos son la ley del contrato y rigen su licitación, de modo que hay que aplicarlos en su integridad, salvo que alguna de sus cláusulas haya sido anulada, previa interposición del correspondiente recurso en tiempo y forma. Los Pliegos del presente recurso no han sido impugnados, lo que convalidaría su invalidez y obligaría a acatar su contenido. Sin embargo, esta doctrina tiene como excepción los vicios que suponen nulidad de pleno derecho (artículo 32 del TRLCSP y 62.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común). La letra a) del citado artículo 62.1 establece que dicha nulidad radical afecta a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, y ése precisamente es el caso, puesto que infringe el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución, además de los de transparencia e igualdad de trato recogidos en el art. 139 TRLCSP (Resolución 92/2013 del OARC/KEAO). Procede, por todo ello, que este órgano declare la nulidad de pleno derecho del criterio de adjudicación relativo a las mejoras

La declaración de nulidad del criterio de adjudicación de “mejoras” conlleva la de todo el proceso de licitación (Resolución 92/2013 del OARC/KEAO). Según la jurisprudencia comunitaria (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión



Europea de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01), «los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...). De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.» Y concluye que «la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso (...) se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.» Todo ello se suma a lo señalado en el fundamento jurídico anterior, pues conlleva igualmente la estimación del motivo de recurso y la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos sobre el criterio declarado nulo.

Con independencia de que el efecto de cancelar la licitación ya se deducía, en cualquier caso, del fundamento jurídico anterior, debe añadirse que el criterio impugnado relativo a las mejoras posibilita que el poder adjudicador actúe de modo arbitrario a lo largo del procedimiento, de modo que no es suficiente para garantizar la legalidad de dicho procedimiento la simple anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones, pues a la hora de dictar el acto que sustituya al anulado el poder adjudicador sería igualmente libre para perpetrar otra arbitrariedad, pues precisamente el vicio de la estipulación controvertida radica en que concede al poder adjudicador una libertad ilimitada para adjudicar el contrato. Una vez reconocido que la cláusula es en sí misma arbitraria y que cualquier ejecución de la misma lo será igualmente porque en nada se condiciona la actuación del poder adjudicador, no tiene sentido que este OARC / KEAO elija una de las posibles interpretaciones de la cláusula, pues tal interpretación sería, necesariamente, otra arbitrariedad, siendo en consecuencia necesaria la declaración de nulidad de dicha cláusula. En este sentido, la sentencia de 12 de marzo de 2015, asunto C-583/13, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “eVigilo Ltd” apoya este criterio cuando señala,



como excepción a la preclusividad del plazo de interposición del recurso, el caso de las condiciones de licitación cuya ilegalidad solo puede percibirse una vez que se analiza la motivación de la adjudicación, como es precisamente el caso de los criterios de adjudicación excesivamente abstractos (ver, el apartado 27 de la citada sentencia). Por ello, no cabe aquí alegar que los Pliegos han pasado a ser firmes por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por BIZKORTZEN, S.L. contra la adjudicación del contrato “Servicio de recepción y administración del equipo, actividades físico deportivas, socorrismo acuático y labores de mantenimiento en instalaciones deportivas municipales de Urnieta”, tramitado por KULTURNIETA, S.A, anulando el acto impugnado y cancelando la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la propia Ley.

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 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2015eko urriaren 16a

Vitoria-Gasteiz, 16 de octubre de 2015