



EB 2015/117

Resolución 125/2015, de 6 de noviembre 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 SPORT STUDIO SERVICIOS DEPORTIVOS, S.L. contra la adjudicación de los lotes 1, raquetas, y 2, actividades acuáticas, 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); actividades acuáticas, yoga, indoor y artes marciales”, tramitado por GETXO KIROLAK.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 22 de septiembre de 2015 se ha interpuesto 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 SPORT STUDIO SERVICIOS DEPORTIVOS, S.L. contra la adjudicación de los lotes 1, raquetas, y 2, actividades acuáticas, 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); actividades acuáticas, yoga, indoor y artes marciales”, tramitado por GETXO KIROLAK.

SEGUNDO: El expediente de contratación tuvo entrada en el registro del OARC / KEAO el día 8 de octubre de 2015 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) el día 23 de octubre de 2015.

TERCERO: Con fecha 14 de octubre de 2015 se trasladó el recurso a los interesados, recibándose el 22 de octubre de 2015 las alegaciones de GETXO IGERIKETA BOLUE.

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) TRLCSP, podrán ser objeto de impugnación los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000,00 euros.

TERCERO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

CUARTO: GETXO KIROLAK tiene la condición de poder adjudicador y en concreto de Administración Pública, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

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

SEXTO: Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

1) La recurrente alega que la adjudicataria GETXO IGERIKETA BOLUE carece de capacidad, pues en su objeto social no está comprendida la organización e impartición de cursos de tenis y pádel.

2) La adjudicataria carece de la solvencia mínima necesaria para concurrir a la licitación, ya que es una Asociación Deportiva incapaz de cubrir sus costes y



dependiente de ayudas públicas para mantener su actividad, cuyo volumen de negocio se duplicaría caso de resultar finalmente adjudicataria, teniendo dificultades para acceder a la financiación porque es una entidad sin ánimo de lucro; además, retiró su propuesta para los lotes 1 y 4. El informe de una entidad bancaria aportado para acreditar su solvencia económica es genérico y simplemente afirma que “tiene solvencia económica suficiente”.

3) El poder adjudicador rectificó a instancias del recurrente la puntuación asignada a la proposición del CLUB TENIS FADURA en el lote número 1 y adoptó la decisión de retrotraer la licitación hasta el 16 de julio de 2015, que es la fecha en la que se realizó la valoración completa de todas las proposiciones concurrentes, antes de que tuviera lugar la primera propuesta de adjudicación. Esta decisión atenta contra los principios de conservación de actos y de eficacia en la actuación administrativa. Debe recordarse que, en el momento en el que se adoptó la decisión de retroacción, GETXO IGERIKETA BOLUE había retirado voluntariamente su proposición después de que se realizara a su favor la propuesta de adjudicación del contrato y de que la rectificación de la puntuación asignada a la oferta de CLUB TENIS FADURA (detrayendo 12 puntos) no afectaba a la valoración de las restantes proposiciones, por lo que no había razón para la retroacción y era suficiente la simple modificación de la propuesta de adjudicación; esta modificación fue la opción tomada por GETXO KIROLAK en el lote “indoor” después de ajustar la proposición de la recurrente en relación con el compromiso de empleo de deportistas de alto nivel.

4) En cualquier caso, es improcedente la decisión del poder adjudicador de que la retroacción llegara al momento anterior a que GETXO IGERIKETA BOLUE retiró su proposición; por otro lado, esta empresa infringió la prohibición de ir válidamente contra sus propios actos al confirmar su proposición al lote 1 después de haberla retirado. Dicha retirada desplegó efectos ante el poder adjudicador y ante terceros y es manifiestamente contrario al principio de seguridad jurídica aceptar la confirmación.

5) Se alega la incorrecta valoración del criterio de adjudicación (mejora en la bolsa de horas puesta a disposición del poder adjudicador). Los términos de la



valoración eran otorgar 5 puntos por cada 50 horas anuales ofertadas, hasta un máximo de 20 puntos por 200 horas anuales, interpretación que se deduce de los criterios interpretativos teleológico, sistemático y gramatical. SPORT STUDIO ofertó como mejora una bolsa de 200 horas para el lote de actividades acuáticas, entendiendo que la bolsa de horas solo puede tener expresión anual, mientras que GETXO IGERIKETA BOLUE solo ofreció 50 horas al año. El poder adjudicador cometió dos errores de valoración, pues entendió que el licitador que oferta una bolsa de 50 horas anuales debe recibir la máxima puntuación e interpretó que la oferta de mejora de SPORT STUDIO era de 200 horas para todo el contrato.

6) Finalmente, se solicita la declaración de disconformidad a derecho de la adjudicación de los lotes 1 (raquetas) y 2 (actividades acuáticas), de que no procede la readmisión de la oferta de GETXO IGERIKETA BOLUE al lote 1, la selección de la oferta del recurrente al lote 1 como la más ventajosa y ordenar la retroacción de la licitación al lote 2, para la correcta valoración de las mejoras correspondientes a la bolsa de horas.

SÉPTIMO: Las alegaciones de GETXO IGERIKETA BOLUE son las siguientes:

1) GETXO IGERIKETA BOLUE tiene incluido en su objeto social las modalidades deportivas de tenis y pádel que son objeto del lote 1 y las apreciaciones del recurso sobre la solvencia se basan en descalificaciones no probadas sin conocimiento de causa.

2) La retroacción del procedimiento es correcta porque las decisiones adoptadas con anterioridad al 24 de julio de 2015 –fecha en la que el Consejo Superior de Deportes comunicó que tres deportistas del Club de Tenis Fadura no tenían la condición de deportistas de alto nivel– se tomaron con base en datos erróneos, incluida la retirada de la oferta; por otro lado, en la renuncia se dijo expresamente “que se cedía la explotación al siguiente clasificado en el concurso, el Club del municipio (Tenis Getxo) que fomenta dichos deportes en el mismo”, es decir, era una renuncia sometida a condición. En definitiva, existe una variación de los datos fácticos que motiva la adopción de otra decisión, en



virtud del principio “rebus sic stantibus” y no es aplicable la doctrina de los propios actos; tampoco hay daño para la seguridad jurídica, el cuál sí se produciría si no se da oportunidad a los licitadores de adoptar sus decisiones con base en las puntuaciones correctas.

3) La oferta del recurrente no especificó que la bolsa de horas adicionales ofrecida era de 200 horas por año para cada uno de los cuatro años de contrato. La Mesa de Contratación estableció un criterio interpretativo relativo a esta cuestión que opta por entender que la declaración de 50 horas año se entenderá como de 200 horas a lo largo de todo el contrato, por lo que no es aceptable la interpretación del recurso (200 horas anuales para los cuatro años del contrato).

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

1) GETXO IGERIKETA BOLUE tiene capacidad para ser adjudicataria de cualquiera de los lotes del contrato, según se deduce del artículo 1 de sus Estatutos.

2) GETXO IGERIKETA BOLUE tiene solvencia económica suficiente para concurrir a los lotes de raquetas e indoor, según los Pliegos que rigen la licitación, los cuales no han sido impugnados.

3) En la atribución de puntuaciones GETXO IGERIKETA BOLUE resultó ser la empresa mejor clasificada; esta empresa renunció a la vista de los resultados obtenidos, proponiéndose la adjudicación al CLUB TENIS FADURA. Tras la rectificación de las puntuaciones atribuidas en virtud del número de deportistas de élite presentados, este club quedó en tercera posición, por lo que se retrotrae el procedimiento anulando todas las adjudicaciones desde la notificación de los resultados y proponiendo la adjudicación a favor del primer clasificado. El poder adjudicador entiende que en el caso del lote de “indoor” no se realizó la retroacción porque la exclusión se debía a no justificar la



anormalidad de la oferta, y no estaba basada en datos erróneos, como es este caso.

4) El poder adjudicador considera que la interpretación sobre el criterio de la bolsa de horas es favorable a la igualdad de trato y debe mantenerse; si bien es cierto que la intención del pliego era valorar hasta 200 horas anuales, no se indicó dicha periodicidad en los pliegos, por lo que se tomó la decisión de interpretarlo así.

NOVENO: Si bien el recurso se refiere a la adjudicación de dos lotes distintos, solo en el caso del lote 1 se plantea la cuestión de la validez de la revocación de la renuncia por parte de GETXO IGERIKETA BOLUE, cuestión que debe analizarse previamente a cualquier otra, pues si se aprecia que el adjudicatario no debió permanecer en el procedimiento después de haber retirado su oferta, no es preciso examinar, para este lote, los demás motivos de la impugnación. En concreto, la situación es la siguiente: la empresa GETXO IGERIKETA BOLUE, cuya oferta ha sido clasificada como la más ventajosa en aplicación de los criterios de adjudicación, renuncia a la adjudicación del lote 1, “cediendo de este modo la explotación de dicho lote al siguiente clasificado en el concurso que es el club del municipio (Tenis Getxo) que fomenta estos deportes.” Sin embargo, el listado del artículo 151.1TRLCSLP se ve posteriormente alterado por la rectificación de un error en la aplicación de los criterios de adjudicación, que supone que la empresa beneficiaria de la “cesión” pase a ocupar el tercer lugar en el listado. La citada rectificación implica que el poder adjudicador acuerde una retroacción de actuaciones de tal alcance que permite a GETXO IGERIKETA BOLUE revocar la renuncia, resultando finalmente esta empresa adjudicataria del lote 1.

A juicio de este OARC / KEAO, esta actuación es inaceptable por varias razones, las cuales deben llevar a la estimación del recurso en lo que se refiere al lote 1. En primer lugar, no es posible ceder a otro licitador la posición de oferta mejor clasificada, pues ello supondría falsear el procedimiento de adjudicación, cuyo objetivo es precisamente ordenar las proposiciones en razón exclusiva de las ventajas que contienen; cuestión distinta es que la



retirada de la proposición mejor colocada suponga que la siguiente clasificada pasa a ser la nueva adjudicataria propuesta, pero sin que ello suponga cesión alguna. En segundo lugar, es irrelevante, a estos efectos, la motivación subjetiva para la retirada de la oferta –cuya única prueba es, por cierto, una declaración de parte interesada–, siendo sus consecuencias, claras e irrevocables por razones de seguridad jurídica, lo único importante. En este sentido, la doctrina de que nadie puede actuar válidamente contra sus propios actos impide actuar contra decisiones propias “que por su trascendencia integran convención y causan estado, definiendo inexorablemente las situaciones jurídicas de sus autores” (ver, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 30/3/1999 y las que en ella se citan). En tercer lugar, la retroacción, como bien indica el recurrente, es del todo improcedente por innecesaria, pues bastaba con una simple modificación del listado de ofertas mediante la aplicación de la nueva puntuación, y además tuvo un alcance desproporcionado al permitir a GETXO IGERIKETA BOLUE revocar su retirada de la oferta. Finalmente, no puede dejar de mencionarse que la solución adoptada por el poder adjudicador es contraria a la aplicada (correctamente) en el supuesto que fue objeto del Recurso EB 2015/116 (ver la Resolución 124/2015 de este OARC / KEAO), siendo los principios en juego muy similares, por mucho que también existan algunas diferencias. Esta actuación es contraria al principio de transparencia (artículo 1 TRLCSP), que exige, entre otras cosas, que la Administración se atenga durante el procedimiento a una interpretación constante de la normativa aplicable (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, C-19/00, de 24/11/2005, C-331/04, de 12/11/2009, C-199/07 y de 2274/2010, C-423/07).

En conclusión, la apreciación de que la oferta de GETXO IGERIKETA BOLUE debe permanecer excluida del procedimiento en virtud de la retirada de la oferta que formuló en su día hace que deba estimarse el recurso en lo que se refiere al lote 1, anulando el acto impugnado.

DÉCIMO: Por lo que se refiere al lote 2, deben analizarse las objeciones que el recurso manifiesta en lo que se refiere a la falta de solvencia económica de



GETXO IGERIKETA BOLUE y a la aplicación del criterio de adjudicación “Bolsa de horas sin coste para Getxo Kirolak”.

1) El análisis de la alegación de la falta de solvencia de GETXO IGERIKETA BOLUE debe partir de lo dispuesto en Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), pues ahí es donde deben especificarse los umbrales mínimos de solvencia exigidos y la documentación precisa para acreditarlos (artículo 62.2 TRLCSP). En el apartado “Solvencia financiera” se establece únicamente que el licitador deberá presentar un “Informe de instituciones financieras, o acreditación de la existencia de un seguro de riesgos profesionales”. Por su parte, entre la documentación presentada por GETXO IGERIKETA para justificar su solvencia no consta un seguro de riesgos profesionales, pero sí un documento emitido por una entidad financiera que señala que la empresa es cliente conocido, que ha mantenido relaciones comerciales a plena satisfacción de ambas partes, habiendo observado una buena conducta mercantil y habiendo cumplido puntualmente sus obligaciones, y concluyendo que “estimamos que tiene solvencia económica suficiente”; este documento no hace ninguna referencia al procedimiento de adjudicación concreto en el que debe presentarse el documento.

Contrastando la documentación aportada, que es sin duda un “informe de institución financiera”, con la escueta literalidad del PCAP, no parece posible considerar que la empresa carezca de la solvencia mínima exigible, y ello porque los Pliegos no marcan dicho umbral mínimo y ni siquiera piden que el documento se refiera al contrato al que se licita. A juicio de este OARC / KEAO, se incumple el mandato del artículo 62.2 TRLCSP; téngase en cuenta que el artículo 75.1 a) TRLCSP habla de “declaraciones apropiadas de entidades financieras”, que debe entenderse como un aviso al órgano de contratación para que concrete en los pliegos qué contenido mínimo debe tener dicha declaración, lo cual debe incluir la referencia al contrato concreto –ver, por ejemplo, la consideración jurídica 3 del informe 78/2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado–. Sin embargo, dado que los Pliegos no fueron impugnados en su momento, son la regulación del procedimiento de



adjudicación que deben acatar la Administración y los licitadores. Consecuentemente, este motivo de impugnación debe rechazarse.

2) El último motivo de impugnación que debe analizarse versa sobre la interpretación del criterio de adjudicación (sujeto a juicio de valor) “Bolsa de horas sin coste para Getxo Kirolak”, el cual se describe en el PCAP de la siguiente forma:

«Bolsa de horas sin coste para Getxo Kirolak con el fin de hacer uso de ellas en las actividades que Getxo Kirolak estime oportuno. Se otorgará 5 puntos por cada 50 horas anuales. Máximo 20 puntos = 200 horas. Se podrán hacer otras particiones de bolsas de horas diferentes, aplicando, en tal caso, la regla de tres.»

A juicio de este OARC / KEAO, la redacción de este apartado es clara y de sentido unívoco excepto en un punto, y es que no se menciona el cómputo temporal de las 200 horas que dan derecho a obtener la puntuación máxima de 20 puntos; este cómputo temporal sí figura para las 50 horas que equivalen a 5 puntos, y es el año. No obstante, esta omisión debe salvarse entendiendo que las 200 horas a las que se refiere el apartado es también el año, pues es la única interpretación que da un sentido coherente al apartado. La redacción sigue una regla proporcional en la que a 50 horas anuales adicionales le corresponden 5 puntos y a 200 horas 20 puntos, es decir, al cuádruple de horas le corresponde el cuádruple de puntos. Esta proporcionalidad solo es real y efectiva si las 200 horas son también anuales, ya que si se refieren a otro lapso temporal, como la duración inicial del contrato (dos años), dicha proporcionalidad no existiría. Consecuentemente, las ofertas que proponen una bolsa de 200 horas, sin más especificación, deben entenderse en cómputo anual y obtener la máxima puntuación de 20 puntos, pues también debe entenderse así el PCAP, en el que tampoco hay mayor especificación, mientras que las ofertas que propongan 50 horas anuales deben obtener 5 puntos, como señala claramente la literalidad de la cláusula. Consecuentemente, el motivo de recurso debe ser aceptado, lo que supone la anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones para la pura y simple aplicación del criterio de adjudicación en los términos expresados.



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,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por SPORT STUDIO SERVICIOS DEPORTIVOS, S.L. contra la adjudicación de los lotes 1, raquetas, y 2, actividades acuáticas, del contrato “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 pádel); actividades acuáticas, yoga, indoor y artes marciales”, tramitado por GETXO KIROLAK, en los términos siguientes:

a) Anular la adjudicación del lote 1 y ordenar la adjudicación de acuerdo con la clasificación de ofertas prevista en el artículo 151.1 TRLCSP, listado del que debe excluirse a la empresa GETXO IGERIKETA BOLUE.

b) Anular la adjudicación del lote 2 y ordenar la retroacción de actuaciones para que el criterio relativo a la bolsa de horas sea aplicado en los términos expresados en el Fundamento de Derecho Décimo, apartado 2) de la presente Resolución.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento.

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 azaroaren 6a

Vitoria-Gasteiz, 6 de noviembre de 2015