



**EB 2023/071**

**Resolución 136/2023, de 10 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 mercantil BPXport XXI, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio deportivos en las instalaciones DUK, incluyendo actividades deportivas, control de accesos, administración y socorrismo en el polideportivo y las piscinas de verano”, tramitado por el Ayuntamiento de Derio.**

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

**PRIMERO:** Con fecha 24 de marzo de 2023 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 la mercantil BPXport XXI, S.L. (en adelante BPXport o “la recurrente”) contra la adjudicación del contrato de “Servicio deportivos en las instalaciones DUK, incluyendo actividades deportivas, control de accesos, administración y socorrismo en el polideportivo y las piscinas de verano”, tramitado por el Ayuntamiento de Derio.

**SEGUNDO:** El mismo día 24 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 el 29 de marzo.





**TERCERO:** Trasladado el recurso a los interesados el día 30 de marzo, se recibieron el 4 de abril las alegaciones de EBONE SERVICIOS EDUCACIÓN DEPORTE, S.L. (en adelante, EBONE), adjudicataria impugnada.

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

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

Consta en el expediente la legitimación y representación de la recurrente.

### **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 supere 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.

### **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, el Ayuntamiento de Derio tiene la condición de poder adjudicador, concretamente de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



## **SEXTO: Alegaciones de la recurrente**

BPXport alega, en síntesis, lo siguiente:

- a) El criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor Memoria de gestión de servicios y metodología general compuesto, a su vez, por cinco subcriterios ha sido incorrectamente aplicado. Y ello porque, en algunos casos, si dentro de un mismo subcriterio cada uno de los aspectos a valorar obtenía una calificación distinta, el subcriterio era valorado con la calificación más alta de las otorgadas, cuando en realidad, conforme a la línea marcada por el propio poder adjudicador y, actuando con uniformidad, proporcionalidad y homogeneidad, se le debería haber atribuido la calificación más baja. Así, por ejemplo, cuando en un subcriterio las ofertas obtenían en uno de los aspectos la calificación de “Muy buena” y en otro la de “Buena”, la calificación definitiva era la más baja, esto es, “Buena”.
- b) Por otro lado, existe una indebida valoración de la oferta de la adjudicataria, pues no hay coherencia ni concordancia entre lo establecido por EBONE en su oferta y la valoración obtenida. Tras la exposición de los numerosos supuestos en los que se alega dicha incoherencia, se concluye que la actuación del poder adjudicador ha sido arbitraria, desproporcionada, discriminatoria e inmotivada.
- c) Finalmente, solicita que se anule el acuerdo de adjudicación y se retrotraigan las actuaciones para realizar una nueva valoración de las ofertas técnicas.

## **SÉPTIMO: Alegaciones de EBONE**

EBONE, que ha resultado adjudicataria en la presente licitación, se opone a la estimación del recurso por las siguientes razones:



- a) Alega la consolidada doctrina de los diversos tribunales de recursos contractuales sobre la discrecionalidad técnica de la que goza la administración a la hora de valorar los criterios sujetos a juicio de valor.
- b) Aplicada la doctrina anterior al supuesto que nos ocupa, se considera que se ha efectuado una adecuada valoración de los criterios subjetivos, sin que pueda apreciarse arbitrariedad o falta de motivación.

**OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador**

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso, en síntesis, por las siguientes razones:

- a) Dado que la cuestión planteada por la recurrente se trata de una cuestión puramente técnica y no jurídica se ha solicitado informe al técnico que realizó la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor y cuyas explicaciones sobre las puntuaciones otorgadas constan en el escrito de contestación.
- b) El informante técnico hace uso de la discrecionalidad, que no de arbitrariedad, a la hora de otorgar las puntuaciones en función del conocimiento que tiene del servicio y de las necesidades que se pretenden satisfacer con la ejecución de la prestación.

**NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO**

El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación, los cuales no fueron objeto de impugnación en los plazos previstos para ello:



## R) CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

### 1.- CRITERIOS CUYA PONDERACIÓN DEPENDE DE UN JUICIO DE VALOR (Hasta 40 puntos)

#### **MEMORIA DE GESTIÓN DE SERVICIOS Y METODOLOGÍA GENERAL: 40 PTOS.**

Se valorará con 40 puntos la oferta del licitador referida a la memoria explicativa de gestión de los servicios y metodología general en la que se exponga con detalle y precisión la forma en que se desarrollará y ejecutará dicho servicio. La memoria deberá estar contenida en un máximo de 20 páginas, todo lo que exceda de ese límite no será objeto de valoración.

La Memoria de gestión deberá incluir los siguientes apartados, y a cada uno de ellos se le asignará una puntuación máxima en función de los criterios que se determinen en cada apartado:

**1. Aspectos organizativos (Hasta 20 puntos):** dirección, organización del personal, calendarios, asignación de turnos, coordinación, plan de gestión de sustituciones del personal, etc.

**2. Medios para la medición de la satisfacción de las personas usuarias (hasta 5 puntos):** nº de encuestas, métodos de obtención de datos, etc..

**3. Recursos que el licitador proponga orientados a mejorar la divulgación de las actividades y servicios del DUK (Hasta 5 puntos):** originalidad, periodicidad, impacto, estética.

**4. Planes de formación y euskaldunización (Hasta 5 puntos):** formación técnica del personal, normalización del uso del euskera. .

**5. Establecimiento de medidas para la igualdad (Hasta 5 puntos):** calidad, implantación y desarrollo de la integración de la perspectiva de género..

Se valorará la coherencia de la propuesta y claridad, precisión y grado de concreción con que se describe la misma.

La distribución de la puntuación se hará de manera proporcional en todos los aspectos de valoración enunciados, atribuyéndole la calificación de:

- Muy buena: cuando se realice un estudio detallado del aspecto en cuestión y se propongan medidas de actuación adecuadas, precisas, bien definidas y/o innovadoras – Puntuación máxima.
- Buena: cuando el estudio y propuesta en relación con el elemento a valorar sea detallado y se propongan algunas medidas de actuación precisas y/o innovadoras – 75% de la puntuación máxima.

- Regular: cuando se limite a un simple estudio del servicio y/o se realicen aportaciones escasas y poco precisas – 50% de la puntuación máxima.
- Deficiente: cuando se mejoren muy escasamente los aspectos a valorar por encima de los mínimos exigidos en la documentación técnica que defina el objeto del contrato – 25% de la puntuación máxima.
- Muy deficiente: cuando no se presenten los contenidos establecidos como contenidos mínimos – Sin puntuación.



Por otro lado, la valoración técnica de la oferta de la recurrente fue la siguiente:

**EMPRESA: BPXport**

❖ **ASPECTOS ORGANIZATIVOS. 20 PUNTOS**

- Dirección empresa: Categorización y organización clara. Muy buena.
- Organización del personal: Muy buena.
- Plan de gestión de sustituciones: Automatizado. Muy buena.
- Software y Herramientas digitales: Programa informático de gestión propio. Muy buena.
- Propuestas de mejoras organizativas: Muy buena.

Valoración total: Muy buena.

PUNTOS: 20

❖ **MEDIOS PARA LA MEDICIÓN DE LA SATISFACCIÓN DE LAS PERSONAS USUARIAS. 5 PUNTOS**

- Métodos de obtención de datos y registro: Encuestas digitales, registro automático. Muy buena.
- Seguimiento de reclamaciones: Sistematizado y controlado. Muy buena.

Valoración total: Muy buena.

PUNTOS: 5

❖ **RECURSOS PARA MEJORAR DIVULGACIÓN DE ACTIVIDADES Y SERVICIOS DEL DUK. 5 PUNTOS.**

- Herramientas promoción de actividades: Fichas informativas, videos e imágenes promocionales. Departamento de Marketing para diseño y elaboración. Muy buena.
- Recursos añadidos: Buena.

Valoración total: Buena.

PUNTOS: 3'75

❖ **PLANES DE FORMACIÓN Y EUSKALDUNIZACIÓN. 5 PUNTOS.**

- Plan de formación: herramientas disponibles. Dentro de Programa informático de Gestión propio. Muy buena.
- Euskera: BAI EUSKARARI-ZERBITZUA EUSKARAZ. Plan normalización euskera, con acciones específicas. Muy buena.

Valoración total: Muy buena.

PUNTOS: 5

❖ **ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS PARA LA IGUALDAD. 5 PUNTOS.**

- Plan de Igualdad: Implantado III, en proceso el IV. Reconocimiento Emakunde Entidad colaboradora para la Igualdad de Mujeres y Hombres
- Objetivos principales y específicos claros. Metodología: Muy buena.

Valoración total: Muy buena

En síntesis, la base del recurso es el reproche de que los criterios de adjudicación evaluables mediante apreciación subjetiva han sido incorrectamente aplicados con una atribución de puntuaciones incoherente e inmotivada. A la vista de lo anterior, de las alegaciones de los interesados y de la documentación que consta en el expediente, a continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad de la pretensión de la recurrente.



a) Doctrina general sobre la discrecionalidad técnica en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor

Como reiteradamente ha manifestado este Órgano (ver, por todas, su Resolución 092/2021) en virtud de la discrecionalidad técnica, el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación de apreciación subjetiva, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto. En cambio, sí debe verificarse el respeto a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho. Los citados límites impiden la fiscalización del llamado "núcleo material de la decisión" (el estricto juicio o dictamen técnico), pero no el de sus "aledaños", que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y no discriminación y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 209/2019 del OARC / KEAO).

Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la adjudicación para cumplir las funciones que la LCSP le encomienda, como posibilitar a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP) y facilitar a este Órgano el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador, se ha pronunciado el OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 209/2019). En síntesis, la motivación debe expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y, lo que es especialmente importante en este caso, expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás.



Consecuentemente, la mera descripción o enunciación de algunas de las características de las ofertas, sin emitir juicio de valor alguno, no constituye la motivación legalmente exigida en el artículo 151.2 de la LCSP porque no se refleja el razonamiento que ha seguido el órgano técnico al valorar las distintas proposiciones (ver, por ejemplo, la Resolución 83/2015 del OARC / KEAO).

b) Aplicación de la doctrina general al supuesto analizado

Una vez delimitado así el alcance del control que este Órgano puede ejercer, y contrastados los citados principios con el caso analizado, se considera que el recurso debe estimarse por las siguientes razones:

- 1) Revisado el informe técnico que sustenta la adjudicación, se observa que, (i) en algunos casos, no consta el material valorativo sobre el que el informante técnico ha de expresar su juicio técnico y (ii) en todos los aspectos valorados falta el propio juicio valorativo, pues no cabe entender que el mismo haya sido realizado por el hecho de que se utilicen las expresiones “Muy Buena” o “Buena” que aparecen en el informe, ya que no se explica por qué se llega a esa conclusión. Dicho de otro modo, y, de forma general, no consta un juicio u opinión sobre el contenido de las ofertas que vincule los materiales analizados y las puntuaciones otorgadas, por lo que no es posible saber por qué algunas características son valoradas, en qué forma y en qué grado y otros aspectos no lo son. Debe recordarse que la motivación supone dar plena razón del proceso lógico que lleva a adoptar una decisión, y que ello implica que consten los elementos valorados, la puntuación atribuida y el juicio que merecen los elementos tras aplicar los criterios de adjudicación, que debe ser coherente con los otros dos requisitos.
- 2) Por otro lado, tampoco constan dichos juicios a lo largo del expediente (actas de la Mesa, por ejemplo), más allá de los expresados, de forma extemporánea, en el informe de contestación al recurso y que no pueden



ser atendidos, pues no han podido ser combatidos por la recurrente en la presente impugnación (ver, la Resolución 4/2022 del OARC/KEAO).

- 3) La consecuencia de la falta de juicio valorativo y, en ocasiones, del propio material analizado supone que la motivación no puede cumplir su función de facilitar la interposición de un recurso fundado o el control jurídico que este Órgano ejerce, por lo que deben retrotraerse las actuaciones en el sentido expresado en el apartado c) siguiente (ver, por ejemplo, las Resoluciones 101/2017 y 111/2019 del OARC / KEAO).
- 4) En definitiva, la motivación es insuficiente, por lo que el motivo impugnatorio debe estimarse.

c) Conclusión

La estimación del recurso conlleva la anulación del acto impugnado. La consecuencia de la anulación es la retroacción de actuaciones para motivar adecuadamente las puntuaciones otorgadas a los licitadores en los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor (ver los artículos 48.2 y 119.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común). No obstante, dicha evaluación deberá respetar (i) los aspectos de las ofertas ya seleccionados como relevantes cuando así ha ocurrido y en los casos en los que no, reflejarlos en el informe y (ii) la puntuación ya otorgada a cada oferta, limitándose únicamente a expresar los juicios de valor que, en coherencia con ambas cuestiones, conducen al resultado final.

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:** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil BPXport XXI, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio deportivos en las instalaciones DUK, incluyendo actividades deportivas, control de accesos, administración y socorrismo en el polideportivo y las piscinas de verano”, tramitado por el Ayuntamiento de Derio, de forma que debe anularse el acuerdo de adjudicación y retrotraerse las actuaciones en los términos expresados en la letra c) del Fundamento jurídico noveno.

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

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

**CUARTO:** De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para cumplir la presente Resolución.

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

**Vitoria-Gasteiz, 2023ko uztailaren 10a**

Vitoria-Gasteiz, 10 de julio de 2023