



**EB 2015/001**

**Resolución 21/2015, de 19 de febrero 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 interpuesto por la empresa EMTSPORT, S.L., contra la adjudicación del contrato de “Concesión de la gestión integral de las instalaciones deportivas del Ayuntamiento de Muskiz: polideportivo municipal, frontones, Donibane y campo de fútbol del malecón”.**

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

**PRIMERO:** Con fecha 2 de enero de 2015 se interpuso recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Concesión de la gestión integral de las instalaciones deportivas del Ayuntamiento de Muskiz: polideportivo municipal, frontones, Donibane y campo de fútbol del malecón”. Solicitado el expediente al poder adjudicador, se remitió en esa misma fecha. Consta en el expediente el informe del poder adjudicador al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

**SEGUNDO:** Solicitadas alegaciones a los interesados con fecha 9 de enero de 2015, se han recibido las de la empresa UTE BI SPORT, S.L. – KIRLAN KIROL LANAK, S.L. (UTE MUSKIZ SPORT), en adelante “la UTE”, adjudicatario impugnado.

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

**PRIMERO:** De conformidad con lo previsto en los artículos 42 y 44.4. a) del TRLCSP, queda acreditada en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de Doña M. S.R. que actúa en su nombre.



**SEGUNDO:** Por lo que se refiere a la inclusión del contrato impugnado dentro del ámbito del recurso especial, tanto el poder adjudicador como la UTE entienden que se trata de un contrato de gestión de servicios públicos, dado que el contratista se obliga a prestar el servicio a cambio del derecho a explotar dicho servicio, acompañado de un precio, por lo que no estaría dentro del ámbito del recurso especial ya que, como señala el Ayuntamiento, no hay gastos de primer establecimiento (artículo 40.1 c) TRLCSP). El recurrente, en cambio, estima que se trata de un contrato de servicios incluido en la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP sujeto al recurso especial, especialmente porque no existe transferencia del riesgo.

Es doctrina reiterada (expuesta, por ejemplo, en sus Resoluciones 49/2013, 74/2013 y 16/2014) que el OARC / KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial (es decir, a la hora de verificar su propia competencia) no está vinculado por la denominación que le haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar el contenido del mismo con la legislación contractual y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública, cuyas definiciones de cada tipo contractual el TRLCSP incorpora en sus artículos 6 y siguientes (ver también las Resoluciones 203 y 220 de 2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Efectuado este análisis, se observa que en el contrato analizado concurren las notas propias del contrato de servicios. Esta modalidad se define en términos amplísimos en el artículo 10 del TRLCSP como aquélla cuyo objeto comprende «(...) prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro (...).». En esta definición caben sin ningún problema conceptual los contratos en los que, como en el caso analizado, la Administración solicita a un tercero prestaciones de hacer para que gestione un servicio de su propia competencia sin que medie transferencia del riesgo (ver, por ejemplo, la Resolución 76/2014 del OARC / KEAO, el Acuerdo 52/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, el informe 23/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión



Europea de 10/9/2009, asunto C-206/08; 10/3/2011, asunto 274/09 y 10/11/2011, asunto 348/10).

En el recurso que se examina, no se da la citada transferencia; la remuneración anual corresponde íntegramente al órgano de contratación, que la abona en cantidades mensuales iguales, y su importe depende únicamente del tanto alzado incluido en la oferta del adjudicatario, sin que experimente variación alguna por la demanda que los usuarios hayan hecho del servicio y siendo irrelevante la tarifa que éstos satisfagan (ver las estipulaciones A y P del Cuadro de características, el apartado B 1 del Cuadro de criterios de adjudicación y la estipulación 26 y el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP). Por ello, no se entiende el alcance de la cláusula X del Pliego de Prescripciones Técnicas (titulada “Pago de los servicios prestados”), que obliga al adjudicatario a presentar un plan económico – financiero que incluya la aplicación de las tarifas y una proposición de actualización de las mismas.

En definitiva, las características citadas permiten descartar que el contrato impugnado sea un contrato de gestión de servicio público y lo sitúan en la modalidad prevista en el artículo 10 TRLCSP, lo que, habida cuenta de su valor estimado, lo incluye en el ámbito objetivo del recurso especial.

**TERCERO:** El artículo 40.2.c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

**CUARTO:** El Ayuntamiento de Muskiz tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 TRLCSP.

**QUINTO:** El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

**SEXTO:** La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

a) El Pliego no precisa suficientemente los elementos objeto de valoración en la “Propuesta Técnica”, e incluye una cláusula residual que podría englobarlo todo



por no cuantificar la ponderación de los criterios elegidos, procediéndose a la enumeración de los mismos en orden distinto al decreciente de importancia que dicta la ley; el Pliego no señala cuántos de los 30 puntos de la Proposición Técnica corresponde a cada una de las áreas de valoración, lo que permite que la Mesa distribuya arbitrariamente los 30 puntos, incluso se posibilita que la Mesa valore cualquier cosa (simples “propuestas”). Ello conlleva la nulidad de pleno derecho de los Pliegos, lo que supone que no cabe oponer el principio de que dicho documento contractual es firme y no puede ahora ser impugnado.

b) No se incluye precisión suficiente sobre los conceptos sobre los que pueden ofertarse mejoras, infringiéndose el artículo 147 TRLCSP; aquí tampoco es aplicable, por la misma razón, el principio de respeto a los pliegos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

c) La Mesa ha empleado un criterio de valoración de las mejoras distinto al establecido en los Pliegos, lo que implica la nulidad de dicha valoración y la del procedimiento en su totalidad, ya que no cabe la simple retroacción de actuaciones porque ya se conocen las proposiciones. En concreto, no se ha atendido al criterio de que las mejoras sean valoradas en función de la inversión comprometida, sino que se han apreciado con base en el interés subjetivo del técnico que las valora; también se ha valorado la fecha de implementación de las mejoras, aspecto no contemplado en el Pliego.

d) Se ha omitido la formación del Comité de Expertos u organismo técnico especializado al que se refiere el artículo 150.2 TRLCSP; la intervención de dicho órgano era preceptiva porque, de hecho, los criterios sujetos a fórmulas solo permiten una variación de 5,51 puntos entre los licitadores, mientras que los sujetos a apreciación subjetiva pueden llegar a causar diferencias de 45 puntos.

e) La valoración del precio infringe el principio de que la oferta más baja obtenga siempre la mejor puntuación, suponiendo una violación de la normativa comunitaria que no puedan presentarse ofertas por debajo de cierto umbral prefijado.



- f) No está acreditada la solvencia económica y financiera de los licitadores BISPORT – KIRLAN, en lo que se refiere a la declaración de entidades financieras o justificante de existencia de seguros de indemnización por riesgos profesionales (no se adjunta nada en el caso de BISPORT y no es adecuado el certificado de KIRLAN porque es abstracta y no se refiere al procedimiento concreto) y en lo que se refiere al volumen de operaciones (la de BISPORT se refiere a la empresa en UTE, no son datos individuales, y la de KIRLAN está lejos del límite marcado en los Pliegos); en conjunto, la UTE no ha acreditado la solvencia económica y financiera necesaria, conclusión que se ve reforzada por los datos contables sobre BISPORT que constan en el Registro Mercantil, que demuestran que la sociedad está en causa legal de disolución desde 2011.
- g) No está acreditada la solvencia técnica de los licitadores BISPORT – KIRLAN porque no se acreditan trabajos similares al objeto del contrato.
- h) Se considera que se han ofertado por la UTE mejoras cuyo coste económico haría inviable la explotación, por lo que las ofertas debieron ser excluidas de la licitación en aplicación del artículo 152 TRLCSP.
- i) Se observan detracciones injustificadas de puntuación a EMTSPORT en el apartado “Mejoras” y concesiones injustificadas a la UTE y a GUEDAN.
- j) Debe considerarse contraria a los pliegos la interpretación de las ofertas que se hizo en la apertura, multiplicando por cinco la oferta consignada por la UTE y GUEDAN; debe rehacerse la valoración con la cantidad exactamente consignada en los sobres.
- k) Finalmente, se solicita la nulidad del acto de adjudicación como consecuencia de la nulidad de los pliegos, o bien se declare que no debe admitirse la declaración de solvencia económica y financiera y técnica de la UTE, anulándose el Acuerdo de la Mesa que modificó el tenor literal de las proposiciones de la UTE y GUEDAN, ordenándose la valoración de las ofertas sobre las cantidades efectivamente consignadas, o bien se descarten las ofertas de la UTE y GUEDAN por desproporcionadas e irreales, o que se estimen las modificaciones de puntuaciones alegadas.



**SÉPTIMO:** El poder adjudicador se opone al recurso alegando que se trata de una impugnación extemporánea de los pliegos.

**OCTAVO:** La UTE alega la extemporaneidad de la impugnación de los Pliegos, y además, lo siguiente:

a) No cabe alegar falta de descripción o definición de las mejoras o prestaciones adicionales cuando no se han recurrido los pliegos en los que figuran, sin que quepa presumir que la valoración objetiva va a ser imposible y que necesariamente se vaya a producir una valoración arbitraria.

b) Es admisible la valoración como mejoras de elementos cuantitativos (cantidad de medios ofertados para el contrato).

c) La fórmula no limita la baja del importe de licitación hasta un 10%, sino que establece un parámetro de anormalidad o desproporcionalidad en, de acuerdo con el artículo 152 TRLCSP; ninguna de las ofertas alcanzó, ni de lejos, ese límite.

d) Respecto a la falta de solvencia económica y financiera, se trata de un defecto subsanable, sin que se pidiera subsanación o aclaración en su momento; lo mismo se puede decir de la falta de solvencia técnica; en cualquier caso, no deben hacerse en esta materia interpretaciones restrictivas contrarias al principio de libre concurrencia.

e) BI SPORT no se encuentra en situación de prohibición de contratar.

f) La valoración efectuada por la Administración está amparada por su discrecionalidad técnica.

**NOVENO:** En primer lugar, deben analizarse los motivos de impugnación contenidos en el recurso que reprochan la ilegalidad de diversos contenidos del pliego; en concreto, el recurrente reprocha la falta de precisión de los elementos objeto de valoración en la “Propuesta técnica”, la falta de determinación de los conceptos sobre los que pueden ofertarse mejoras y que



la valoración del precio infringe el principio de la oferta económicamente más ventajosa al no permitir siempre que la mejor proposición obtenga la mejor puntuación porque se ha fijado un umbral para apreciar la anormalidad o desproporcionalidad con base en el presupuesto de licitación y no en la comparación de ofertas presentadas.

Una reiteradísima doctrina jurisprudencial y de los órganos que resuelven el recurso especial (ver, por todas, la Resolución 14/2015 del OARC / KEAO) establece que los pliegos no impugnados en tiempo y forma son la norma que rige la licitación, vinculando al poder adjudicador y a los licitadores. Asimismo, el carácter preclusivo de los plazos del recurso especial quedaría desvirtuado si se permitiera que, a propósito de la adjudicación, pudiera impugnarse el contenido de los pliegos, que tienen su propio plazo para ser recurridos. Como excepción a esta doctrina, este OARC / KEAO ha establecido el caso de las irregularidades del pliego que supongan vicios de nulidad de pleno derecho y cuya permanencia implicaría conceder al poder adjudicador un margen de arbitrariedad para adjudicar el contrato, las cuales sí pueden atacarse por la vía del recurso especial a propósito de la impugnación de la exclusión o la adjudicación (ver, por todas, la Resolución 6/2015 del OARC / KEAO). A juicio de este Órgano, ninguno de los tres supuestos antes mencionados satisface estos requisitos, como se expone a continuación:

a) El criterio “Proposición técnica” se desarrolla en el apartado “B” del Cuadro de Características del Contrato:

«Serán objeto de valoración el plan de captación y fidelización de los abonados – usuarios, contenido de los servicios (horarios, características, objetivos, contenidos, metodología, material y funcionamiento), plan económico – financiero, la organización de los planes de limpieza y mantenimiento de las instalaciones y cuantas propuestas se aporten para el óptimo funcionamiento de las instalaciones, del mantenimiento y limpieza y de la gestión de usuarios / as.»

Según la jurisprudencia europea (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre 2.002, asunto C-513/99), los criterios de adjudicación no pueden ser tan vagos en su descripción que no vinculen en



absoluto al poder adjudicador a la hora de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. Del apartado impugnado no se deduce que exista dicha falta de vinculación, pues se fijan, aunque sea de forma breve, los aspectos de la oferta que van a ser utilizados y desarrollados en la valoración; además, la estipulación 14.1.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) complementa la descripción del criterio de adjudicación porque determina el contenido que debe tener la proposición técnica que se incluya en la proposición. Debe tenerse en cuenta que es perfectamente posible que la ponderación global atribuida a un criterio sea posteriormente repartida entre varios subcriterios de adjudicación previamente establecidos en los pliegos, siempre que con ello no se modifiquen los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, no se introduzcan elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y siempre que no se adopte la decisión teniendo en cuenta factores que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2005, asunto C-331/04 y la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO). La concurrencia de estos requisitos debe apreciarse, en su caso, con motivo de la adjudicación, pero sin que pueda decirse que la cláusula de los pliegos adolezca de ningún vicio de legalidad.

b) Por lo que se refiere al criterio de adjudicación “Mejoras”, el apartado “B” del Cuadro de Criterios establece lo siguiente:

«Mejoras (máx. 15 puntos)

Cada una de las mejoras ofertadas, presentada en los términos de la Cláusula 14.1.4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, se considerará independiente, de tal forma que el órgano de contratación podrá optar por valorar una, varias o ninguna de ellas. Sólo serán objeto de valoración aquellas mejoras que reporten utilidad real y que no se hallen comprendidas en el resto de criterios de adjudicación.

Aquellas mejoras susceptibles de valoración, serán puntuadas en función de la inversión comprometida, otorgándose mayor puntuación a las mayores inversiones previstas durante el



período de vigencia inicial del contrato (primeros 6 años), siempre y cuando se considere que el presupuesto de la inversión es proporcionada y adecuada a la mejora propuesta.”

Por su parte, la cláusula 14.1.4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece lo siguiente:

“Se considerarán mejoras todas aquellas prestaciones ofertadas que supongan ejecución de nuevas instalaciones o renovación de material y equipos afectos a las mismas, sin incremento de precio.

La prestación de mejoras se ajustará a las siguientes reglas:

- a) Tratándose de suministros para la reposición o mejora de los bienes muebles adscritos al servicio (maquinaria, mobiliario, equipos) se indicará para cada uno de ellos:
  - La descripción de la máquina, equipo o mueble.
  - Finalidad o destino que el bien cumple con relación al servicio.
  - Importe del bien (IVA excluido).
  - Fecha prevista de suministro del mismo.
- b) Tratándose de la ejecución de nuevas instalaciones o de la reparación de las existentes, se indicará para cada uno de las actuaciones a ejecutar:
  - La descripción de la obra que se va a ejecuta.
  - Justificación de la necesidad o conveniencia de la obra.
  - Presupuesto de las obras o de cada una de sus fases (IVA excluido).
  - Fecha prevista de inicio y terminación de las obras o de cada una de sus fases.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente apartado, en el caso de que el Ayuntamiento de Muskiz decida durante la ejecución del contrato realizar cualquier tipo de obra, el adjudicatario estará obligado a soportar dicha obra, sin que pueda reclamar indemnización alguna al Ayuntamiento.

Sólo serán objeto de valoración aquellas mejoras que reporten utilidad real y que no se hallen comprendidas en el resto de los criterios de adjudicación.

Esta documentación, que deberá estar firmada, se incluirá, según cada caso, en el sobre nº4, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 13 y en la letra C del Cuadro de criterios de adjudicación del contrato.



Si el licitador no aporta la documentación relativa a alguno de estos criterios de adjudicación, o la misma no contiene todos los requisitos exigidos, la proposición de dicho licitador no será valorada respecto del criterio de que se trate.»

A la vista de ambas estipulaciones, este Órgano considera que los Pliegos cumplen los requisitos exigidos por el artículo 147.2 TRLCSP para la valoración de las mejoras, pues hay una clara precisión de los elementos y condiciones en los que queda autorizada su presentación. Llama la atención que el recurrente estime que los pliegos no concretan el criterio “Mejoras” y, en cambio, luego diga que la valoración de este criterio no se ha ajustado a dichos pliegos.

c) Finalmente, es cierto que las fórmulas de apreciación de la anormalidad o desproporcionalidad de las ofertas que se fija por relación al presupuesto de licitación en lugar de hacerlo por referencia a las demás ofertas ya ha sido declarada ilegal en alguna ocasión por este Órgano (Resolución 80/2014), pero lo fue con base en una impugnación de los pliegos y además no se trata de un vicio de nulidad de pleno derecho sino de simple anulabilidad, debiendo en este caso prevalecer el carácter preclusivo del plazo para recurrir y el carácter vinculante de los pliegos que no fueron recurridos en tiempo y forma.

**DÉCIMO:** Impugna también el recurso la valoración de las ofertas; concretamente, se estima que no ha intervenido el Comité de Expertos u Organismo técnico especializado al que se refiere el artículo 150.2 TRLCSP, que se han ofertado mejoras cuyo coste económico haría inviable la explotación y que no se han valorado las mejoras según los criterios establecidos en los pliegos y que se han observado detracciones y atribuciones de puntuación no justificadas.

Por lo que se refiere a la intervención del Comité de expertos u Organismo técnico especializado, hay que recordar que el artículo 150.2 TRLCSP establece que «(...) Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación



apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.» De la lectura de los pliegos se deduce que, en este caso, los criterios sujetos a su evaluación mediante fórmulas suman el 55% de la valoración total, por lo que no es preceptiva la intervención de este órgano. La alegación del recurso se basa en un argumento incierto, que es que la ponderación real de la proposición económica no es de 55 puntos sino de 5,51 puntos, que es la diferencia máxima que podría obtener un licitador sobre otro en ese criterio; sin embargo, no existe tal limitación, pues los pliegos no prohíben que se ofrezcan bajadas de precios a partir de un límite y únicamente consideran que las que sean inferiores en más de 10 puntos a precio de licitación serán inicialmente consideradas como anormales o desproporcionadas, lo que es distinto. Por ello, este motivo de recurso debe ser desestimado.

La alegación de que debió rechazarse la oferta de la UTE y de GUEDAN porque contienen mejoras que hacen inviable la explotación no puede ser aceptada. Lo que se plantea es tanto como decir que el contrato no puede ser normalmente cumplido en los términos propuestos, hasta el punto de que una potencial adjudicación pondría en riesgo su ejecución. La verificación de este reproche no puede tener otro cauce procedimental que el previsto en el artículo 152.2 TRLCSP, que establece que «Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales.» Los pliegos prevén una cláusula que determina un umbral fijado en más de diez unidades porcentuales respecto al presupuesto de licitación, y al no superarlo las ofertas implicadas, no procede ya conjetura alguna sobre la viabilidad de dichas proposiciones (ver, por ejemplo, la Resolución 98/2014 del OARC / KEAO).



**UNDÉCIMO:** Por lo que se refiere a los reproches formulados a la valoración, conviene recordar el criterio de este órgano resolutorio sobre el uso de la discrecionalidad técnica en la elaboración de los informes. Así, en diversas resoluciones del OARC/KEAO (ver, por todas, la Resolución 62/2014) 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.»

Respetando este marco conceptual, que limita las apreciaciones que este Órgano puede formular en relación con la valoración, se observa lo siguiente:

- La valoración del criterio “Mejoras” no se ajusta a lo dispuesto en el PCAP porque no respeta su fondo parcialmente reglado en varios apartados; en concreto, como afirma el propio informe que sustenta la valoración, se ha valorado el “interés subjetivo que la mejora ofertada ofrece a criterio del técnico firmante”, de tal modo que “propuestas de más de un oferente, similares en concepto y calidad, aún presentadas con diferentes precios y materiales, se han valorado igual”; además, no se han puntuado “las mejoras propuestas para implantarse durante la prórroga del contrato, al no tener garantizada su aplicación”. De acuerdo con los pliegos (ver la reproducción de su contenido en el Fundamento de Derecho Noveno), la valoración de las mejoras es proporcional a la inversión comprometida, y son aceptadas las mejoras que se implantan en el periodo de prórroga, aunque sea con menor puntuación que las



previstas para el periodo inicial; de hecho, la preferencia es para los seis primeros años, y el periodo inicial de vigencia contractual es de cinco años.

- Las mejoras que pueden ser aceptadas son únicamente las que versan sobre “prestaciones ofertadas que supongan ejecución de nuevas instalaciones o renovación de material y equipos afectos a las mismas”. No cumplen estos requisitos los bienes que, como el propio informe señala, son de uso interno del adjudicatario, como los vehículos adscritos al mantenimiento y limpieza de los locales, ni las mejoras que no consisten en instalaciones, equipos o materiales (plan director del deporte, aplicación para móvil, auditoría de instalaciones, software, webs, herramienta de metodología para clubes...).

Consecuentemente, el recurso debe ser aceptado en este punto. La anulación de la valoración de las ofertas llevaría a la retroacción de las actuaciones hasta el inicio de nuevo del procedimiento de examen de los criterios de adjudicación. Sin embargo, debe reseñarse que el nuevo examen se realizaría una vez conocidas las proposiciones económicas de los licitadores, con lo que se quebraría el iter procedimental que establece el párrafo 3º del artículo 150.2 del TRLCSP y los artículos 27 y 30 del Reglamento de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de Sector Público aprobado por el Real Decreto 817/2009, y se violaría el secreto de la oferta al valorarse los criterios que exigen la realización de un juicio de valor con el conocimiento previo del contenido de las ofertas económicas, lo que podría condicionar su actuación (ver, por ejemplo, la Resolución 64/2014, del OARC / KEAO).

La consecuencia de todo lo expuesto nos conduce a la cancelación del procedimiento y a la iniciación de uno nuevo. Dicha decisión de cancelar el procedimiento de licitación hace que sea innecesario el análisis de otros motivos de recurso que, en todo caso, solo llevarían a la retroacción de actuaciones.

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 interpuesto por la empresa EMTSPORT, S.L., contra la adjudicación del contrato “Concesión de la gestión integral de las instalaciones deportivas del Ayuntamiento de Muskiz: polideportivo municipal, frontones, Donibane y campo de fútbol del malecón”, anulando el acto impugnado y todo lo actuado, debiendo iniciarse, en su caso, una nueva 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 otsailaren 19a**

Vitoria-Gasteiz, 19 de febrero de 2015