



EB 2021/004

Resolución 042/2021, de 5 de marzo, 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 empresa XAKER KIROI SERBITZUAK, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de control de accesos, trabajos de mantenimiento, limpieza, actividades dirigidas y consejo en la sala de musculación del polideportivo municipal”, tramitado por el Ayuntamiento de Lemoa.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 8 de enero de 2021 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 empresa XAKER KIROI SERBITZUAK, S.L. (en adelante, XAKER) contra la adjudicación del contrato de “Servicio de control de accesos, trabajos de mantenimiento, limpieza, actividades dirigidas y consejo en la sala de musculación del polideportivo municipal”, tramitado por el Ayuntamiento de Lemoa.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el mismo día 8, se recibió, entre los días 12 y 19 de enero de 2021, en este OARC / KEAO, una copia del expediente de contratación y 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).





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 21 de enero, se han recibido el día 27 de enero las alegaciones de KIRLAN KIROL LANAK, S.L. (en adelante, KIRLAN).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de I.A.B. que actúa en su nombre.

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 Lemoa tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Alegaciones de XAKER

Las alegaciones del recurso son, en síntesis, las siguientes:

- a) El acto de adjudicación impugnado se encuentra viciado de nulidad de pleno derecho, pues se sustenta en un informe técnico emitido por persona no técnica, ni experta en la materia; concretamente, el informe emitido por la arquitecta técnica municipal se refiere al apartado segundo Propuesta de oferta del servicio para el polideportivo del Plan de Gestión Deportiva, el cual conforma el criterio sujeto a juicio de valor.
- b) Igualmente, el acto impugnado se encuentra viciado de nulidad de pleno derecho, ya que la autora del informe antes mencionado no es una persona independiente al formar parte de la mesa de contratación, cuando el artículo 326 de la LCSP exige técnicos o que los expertos sean independientes.
- c) Se solicita nuevamente la nulidad del acto impugnado por la vulneración de los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores. Y ello porque las alegaciones de KIRLAN al informe técnico fueron atendidas por la Mesa de contratación y, sin embargo, las de la recurrente no.
- d) Finalmente, se solicita que se anule y se deje sin efecto la resolución de adjudicación con retroacción de las actuaciones para una nueva valoración del subcriterio Propuesta de oferta del servicio para el polideportivo por un técnico independiente y adecuada formación y, subsidiariamente, se retrotraigan las actuaciones para invitar a los licitadores a presentar las observaciones o reservas que estimen oportunas de acuerdo con el artículo 87 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.



SÉPTIMO: Alegaciones de KIRLAN

KIRLAN se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

- a) Ningún reproche puede hacerse al informe de la Arquitecto municipal, pues forma parte de la mesa de contratación y del servicio técnico municipal. Al respecto, debe tenerse en cuenta que en el ámbito local resultan de aplicación las Disposiciones adicionales segunda y tercera de la LCSP frente a la normativa de aplicación general contenida en el artículo 326 del mismo texto legal.
- b) Tampoco puede hacerse ningún reproche a la actuación de la Mesa respecto de la “reclamación” efectuada por XAKER, pues no deja de ser una alegación genérica de disconformidad con la valoración emitida por la técnica municipal, frente a la reclamación inmediata efectuada por la alegante con identificación de los aspectos concretos que deberían revisarse.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega lo siguiente para oponerse al recurso:

- a) En la presente licitación al no encontrarnos en el supuesto planteado en el artículo 146.2b) de la LCSP la Mesa de contratación es la encargada de valorar los criterios no evaluables automáticamente. Ahora bien, existe la posibilidad de auxiliarse de informes externos cuando lo considere necesario y oportuno.
- b) Sentado lo anterior, la vocal de la Mesa emitió informe sobre un concreto subapartado el criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor, respecto del cual ninguna censura se realiza en el recurso, más allá de descalificar la capacidad o aptitud para su emisión, de lo cual no aporta prueba alguna. Tampoco cabe aceptar la falta de imparcialidad achacada.
- c) Los errores materiales realizados en los informes pueden ser subsanados si son advertidos por el propio poder adjudicador tras la alegación efectuada por el



afectado. Así, las alegaciones de KIRLAN denunciaban errores materiales que justificaban la alteración de la valoración. Sin embargo, la alegación de XAKER censuraba el informe, sin indicar los motivos de discrepancia, y la capacidad técnica de la valorante. Por ello, se comprobó la alegación de KIRLAN y no se entró a valorar la alegación de la recurrente, porque sus manifestaciones eran propias de ser tratadas en la fase de recurso. Por todo ello, no ha existido ningún trato discriminatorio.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En definitiva, el recurrente pretende la nulidad del acuerdo de adjudicación por la falta de capacidad técnica e imparcialidad de la evaluadora de ciertos criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, así como por la vulneración de los principios de publicidad, transparencia e igualdad de trato en la tramitación del procedimiento. A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC/KEAO al respecto.

a) Sobre la capacidad técnica de la informante y su participación como vocal en la mesa de contratación

XAKER considera que la parte del informe técnico elaborado por la arquitecta técnica municipal carece del rigor técnico necesario, así como de falta de imparcialidad por haberlo realizado un miembro de la mesa. Estos argumentos no pueden ser aceptados por las siguientes razones:

- 1) El artículo 326.5 de la LCSP, citado por el recurrente, tiene algunas matizaciones para el ámbito de la Administración Local en las Disposiciones adicionales segunda y tercera de la LCSP, las cuales contemplan especificidades que afectan entre otras cuestiones, a la composición de la Mesa de Contratación y del comité de expertos a los que se refiere el artículo 146.2 de la LCSP. En concreto, la Disposición adicional segunda de la LCSP, en su apartado 7 dispone, en relación con la composición de la Mesa de Contratación, que “La Mesa de contratación



estará presidida por un miembro de la Corporación o un funcionario de la misma, y formarán parte de ella, como vocales, el Secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el Interventor, o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuidas la función de control económico-presupuestario, así como aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación (...). Como puede observarse, la LCSP da una trascendente significación a las vocalías que aportan el conocimiento jurídico y el de control de la eficiencia y la legalidad hacendística (Servicio jurídico/Secretario e Intervención), puesto que su presencia es necesaria e indelegable en otra vocalía para dar por válidamente constituida la reunión de la mesa, sin que se requiera una determinada cualificación específica para el resto de vocalías, más allá de la necesaria formación y preparación técnica y multidisciplinar de los empleados públicos.

- 2) En este sentido, la recurrente no acredita lo más mínimo que la técnica informante carezca de la suficiente formación y experiencia necesaria para emitir su informe. Debe tenerse en cuenta que el reproche efectuado por la recurrente se refiere a una parte del informe técnico con una ponderación de 18 puntos sobre 49 y cuyo título y descripción es el siguiente: Propuesta de oferta del servicio para el polideportivo de Lemoa: 18 puntos. Entre otros, la propuesta organizativa de los recursos humanos para cumplir todas las funciones recogidas en el pliego, la propuesta de Plan de Autocontrol, y la propuesta de actuación para prevenir contagios de la COVID-19. Como puede advertirse, la materia objeto de informe no parece entrañar (ni el recurrente lo ha probado) una dificultad o complejidad específica que haga pensar que la informante no pueda emitir un juicio adecuado, por lo que la Mesa desde su competencia ha decidido que dicha parte del informe relativo a los criterios sujetos a juicio de valor lo realice un técnico municipal con formación en arquitectura técnica, lo cual no contraviene norma alguna y se ajusta perfectamente a la normativa contractual.
- 3) Por otro lado, la recurrente no impugna o rebate las puntuaciones otorgadas por la técnica municipal en este concreto apartado del informe



técnico, y tampoco sus correspondientes motivaciones. En este sentido, se observa que la motivación del informe expresa el material o las fuentes de información sobre las que ha operado el juicio técnico, se han consignado los criterios de valoración que se han utilizado para emitir dicho juicio técnico y, lo que es especialmente importante en este caso, se ha expresado por qué la aplicación de esos criterios han conducido al resultado individualizado que otorga más puntos a un licitador que a otros, por lo que ninguna tacha cabe oponer al respecto (ver, por todas, la Resolución 20/2021 del OARC / KEAO).

- 4) Finalmente, respecto a la falta de imparcialidad que la recurrente achaca a la informante por su pertenencia a la mesa de contratación, debe indicarse que dicha alegación no puede prosperar, pues la Disposición adicional segunda de la LCSP permite que los miembros de la mesa puedan emitir informes, de los cuales se presume su imparcialidad, salvo prueba en contrario que no ha sido aportada, por haber sido emitidos por empleado público.

b) Sobre la falta de publicidad y transparencia en la licitación

XAKER achaca al poder adjudicador que el cambio de la puntuación en el informe de valoración técnica a petición de KIRLAN ha supuesto la vulneración de los más elementales principios de la contratación.

A juicio de este OARC / KEAO el informe de 9 de diciembre 2020 y el Acta de la Mesa de 14 de diciembre de 2020, en los que se motivan y justifican la revisión de las puntuaciones técnicas otorgadas a KIRLAN en los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor conculcan el principio de evaluación separada y sucesiva de las ofertas (artículo 146.2.b) de la LCSP), ya que la modificación de las puntuaciones inicialmente asignadas a KIRLAN se efectuó tras la apertura y lectura de la parte de la oferta a valorar por criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. Téngase en cuenta que la finalidad de evaluar primera y separadamente los criterios de adjudicación



sujetos a un juicio de valor y con posterioridad los automáticos (ver, por todas, la Resolución 197/2019 de este OARC / KEAO) es evitar que el conocimiento de los aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas condicione los juicios de valor que necesariamente habrán de emitirse para aplicar los criterios de adjudicación no sujetos a la aplicación de fórmulas. Es decir, se busca la objetividad en el juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, conscientemente o no, compensara las puntuaciones resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de alguna empresa. El sistema anula también el denominado «efecto halo» en la atribución de puntuaciones al separar radicalmente la valoración de cada tipo de criterio, impidiendo, por ejemplo, que quien efectúa el informe técnico tienda a sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este apartado porque sabe que también es la más barata. Pues bien, en el supuesto que nos ocupa no se ha satisfecho esta finalidad y el incumplimiento de esta regla de valoración debería suponer, en principio, la cancelación de la licitación, ya que se ha procedido a realizar una nueva valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor tras conocer el resultado de los criterios automáticos (ver, por todas, la Resolución 66/2020, referida a la necesidad de cancelar la licitación por imposibilidad de retroacción del procedimiento por infracción de la valoración sucesiva y separada). No obstante, la consecuencia de esta infracción será la especificada en el apartado c) de esta Resolución.

c) Conclusión

La estimación de la infracción a la que se refiere el apartado b) del Fundamento jurídico noveno de esta Resolución supondría, en principio, la anulación del procedimiento de adjudicación. No obstante, no procede adoptar esta drástica medida en el supuesto que nos ocupa, ya que ha de tenerse en cuenta que la adjudicación permanece inalterada en todo caso debido a que no se ha modificado la puntuación de la adjudicataria del contrato, sino la de las clasificadas en el segundo y tercer puesto en el orden de clasificación al que se refiere el artículo 150 de la LCSP, por lo que el resultado último del procedimiento de contratación permanecería siendo el mismo. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la sentencia núm.



740/2009, de 23 de noviembre (JUR/2010/140325) con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 2003-recurso nº 8952-97, al manifestar que «reiterada jurisprudencia de esta Sala (contenida básicamente en las sentencias de 17 May. 1994, 22 Mar. 1994 y 30 Nov. 1993) señala que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación la teoría jurídica de las nulidades, advirtiendo que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad deben ponderarse cuantas circunstancias concurren en el hecho denunciado, resultando contraproducente decretar una nulidad del acto que conllevaría una nulidad de actuaciones con la consiguiente reproducción de las mismas, para desembocar en idéntico resultado».

Por su parte, el hecho de que la reclamación de la recurrente no fuera atendida por el poder adjudicador en su momento no ha supuesto ninguna infracción legal que afecte a la adjudicación del contrato, pues la interposición de la misma impugnación mediante la vía del recurso especial ante este OARC / KEAO, que es el órgano y procedimiento de revisión procedente, descarta que se haya producido indefensión.

En definitiva, y atendiendo a lo anteriormente expuesto debe desestimarse el recurso. Sin embargo, no puede levantarse la suspensión del procedimiento, pues queda pendiente de resolver otro recurso especial (EB 2021/008) interpuesto contra la adjudicación de este mismo contrato.

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: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa XAKER KIROL SERBITZUAK, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de control de accesos, trabajos de mantenimiento, limpieza, actividades dirigidas y consejo en la sala de musculación del polideportivo municipal”, tramitado por el Ayuntamiento de Lemoa.

SEGUNDO: No proceder al levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación por la razón expuesta en la letra c) del fundamento jurídico noveno.

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

Vitoria-Gasteiz, 2021eko martxoaren 5a

Vitoria-Gasteiz, 5 de marzo de 2021