



EB 2021/008

Resolución 045/2021, de 12 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 KIRLAN KIROL LANAK, 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 15 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 KIRLAN KIROL LANAK, S.L. (en adelante, KIRLAN) 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 15, se recibió el día 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 ATHLON SINTAGMIA, S.L. (en adelante, ATHLON).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta la representación de J.Z.A. que actúa en su nombre. ATHLON niega la legitimación de la recurrente por considerar que la estimación del recurso únicamente podría alterar la puntuación de la oferta técnica, pues en ningún momento se argumenta ni acredita que la alteración de la puntuación tendría como resultado directo que la recurrente resultara ganadora del proceso de licitación. Esta alegación no puede prosperar, ya que debe tenerse en cuenta que la pretensión del recurso es la cancelación de la licitación, por lo que su estimación supondría un muy probable nuevo procedimiento de adjudicación en el que KIRLAN podría presentar su oferta, mejorando así su actual posición. Consecuentemente, existe el interés tangible distinto de la mera legalidad que fundamenta la legitimación (ver el artículo 48 de la LCSP y, por todas, la Resolución 39/2021 del OARC / KEAO).

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 servicio 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 la recurrente, KIRLAN

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

- a) En los criterios de adjudicación no evaluables mediante fórmula “1: Propuesta de actividades y cursos deportivos o Programa Deportivo” y “3: Procesos de coordinación con el Departamento de Cultura y Asesoría Técnica”, se introducen subcriterios de adjudicación y su correspondiente ponderación no previstos en el Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), que se refieren a aspectos no previstos ni en el PCAP ni en el Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT).
- b) Se valoran aspectos de las ofertas que debían haber sido previstas como mejoras.
- c) La recurrente solicita con carácter principal la anulación de la adjudicación y subsidiariamente la anulabilidad. Todo ello con la consecuencia de la cancelación de la licitación, por no resultar posible la retroacción de actuaciones para efectuar una nueva evaluación de las proposiciones al haberse producido la apertura del archivo electrónico 3 de proposición económica.



SÉPTIMO: Alegaciones de ATHLON

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

- a) Los informes de valoración emitidos en relación con los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor en ningún momento introducen nuevos elementos de valoración o subcriterios. En este sentido, (i) los criterios están previa y claramente definidos en el PCAP, (ii) los parámetros a valorar dentro de cada criterio no han supuesto una modificación del PCAP, (iii) dichos criterios y sus parámetros no contienen elementos que de haber sido conocidos en el momento de preparar las ofertas hubieran podido influir en su preparación, (iv) carecen de elementos que puedan tener un efecto discriminatorio.
- b) El verdadero problema de la recurrente es la discrecionalidad técnica, puesto que su disconformidad es con la puntuación obtenida.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega lo siguiente para oponerse al recurso:

- a) Todos los informes técnicos del concurso establecen subapartados para ser transparentes y objetivos. Además, dejan constancia razonada y diferenciadora de las puntuaciones asignadas a cada empresa licitadora, especificándose las razones de la valoración individualmente. Todos los ítems valorados se refieren a los criterios previamente establecidos en los pliegos.
- b) Se insiste en censurar las puntuaciones de los subcriterios 1 y 4 sin indicar cuales son los errores cometidos.
- c) En relación con el criterio “Procesos de Coordinación con el Departamento de Cultura y Asesoría Técnica” se vuelven a discutir los subcriterios 3, 4, 5 y 6 sin aportar ningún dato novedoso o que indique que el informe de 9 de diciembre de 2020 ha incurrido en errores.



NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En definitiva, el recurrente muestra su disconformidad con la evaluación de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor y pretende la cancelación de la licitación sobre la base de la imposibilidad de la retroacción de las actuaciones para efectuar una nueva valoración debido a que no es posible una evaluación separada de los diversos criterios de adjudicación. El análisis de la viabilidad de la pretensión debe partir de las actuaciones del procedimiento de adjudicación que constan en el expediente remitido. A tal efecto, se ha de tener en cuenta que el Técnico de Acción Social del Ayuntamiento de Lemoa, encomendado por la Mesa de contratación en su sesión de fecha 13 de noviembre de 2020, con fecha 23 de noviembre emite dos informes de valoración: el primero, tiene por objeto la valoración de las ofertas presentadas conforme al criterio de adjudicación “Propuesta de actividades y cursos deportivos” y el segundo, la valoración del criterio de adjudicación “Procesos de Coordinación con el Departamento de Cultura y Asesoría Técnica”. El resultado de esta valoración fue leído en la sesión de la Mesa de contratación de fecha 27 de noviembre en la que, asimismo, se procedió a la apertura de los archivos electrónicos que contenían la parte de las ofertas a evaluar mediante la aplicación de fórmulas. El mismo día 27 de noviembre, la empresa KIRLAN presentó una “reclamación” sobre la valoración otorgada a su oferta en los mencionados criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor en la que solicitaba la revisión de un total de seis subcriterios y la asignación de doce puntos adicionales a los inicialmente otorgados.

Esta “reclamación” fue analizada por el Técnico de Acción Social del Ayuntamiento en un informe emitido con fecha 9 de diciembre de 2020 en el que proponía la modificación al alza de la puntuación inicialmente asignada en cuatro de los subcriterios del criterio de adjudicación “Procesos de Coordinación con el Departamento de Cultura y Asesoría Técnica”. Esta propuesta de incrementar la valoración global de este criterio en tres puntos fue aprobada por la Mesa de contratación en su sesión de fecha 14 de diciembre de 2020 (tercer punto del orden del día), lo que motivó que en el orden de clasificación del artículo 150.1 de la LCSP KIRLAN pasara de estar en el tercer puesto al segundo.



a) Sobre la evaluación sucesiva y separada de los distintos tipos de criterios de adjudicación

Según el artículo 146.2 LCSP, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en los que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello y la citada evaluación previa se hará pública en el acto en el que se proceda a la apertura del sobre que contenga los elementos de la oferta a valorar mediante la mera aplicación de fórmulas.

Tal y como este OARC / KEAO ha señalado en la Resolución 042/2021, de 5 de marzo, en relación con el recurso especial interpuesto por XAKER contra la misma decisión que es objeto de la impugnación ahora analizada, la finalidad de dicha norma 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, tal y como se manifestaba en dicha Resolución 042/2021, en el supuesto que nos ocupa no se ha satisfecho esta finalidad. Con independencia de la calificación jurídica que pueda merecer la “reclamación” planteada en su momento por KIRLAN, lo cierto es que el poder adjudicador, mediante el informe de fecha 9 de diciembre de 2020 aceptado por la Mesa de contratación en su sesión de fecha 14 de diciembre, reconoce errores en la valoración del criterio de adjudicación “Procesos de Coordinación con el Departamento de Cultura y Asesoría Técnica” que motivan la alteración de la valoración inicial en dicho concreto criterio de adjudicación y esta actuación se produce una vez conocido y valorado el contenido de los archivos



electrónicos que contenían las oferta evaluables conforme a los criterios automáticos. A todo ello se ha de sumar la circunstancia de que el método de valoración legítimamente seguido por el evaluador en el informe inicial de valoración del criterio de adjudicación debatido impide deducir indubitadamente cuál hubiera podido ser la valoración en un supuesto como el que nos ocupa, de errores detectados con posterioridad al conocimiento de la oferta evaluable conforme a criterios automáticos. En conclusión, en el supuesto que nos ocupa la revisión de la puntuación efectuada por la Mesa de contratación en su sesión de 14 de diciembre (donde se otorgan a la oferta de la recurrente 3 puntos adicionales en el criterio “Procesos de Coordinación con el Departamento de Cultura y Asesoría Técnica” frente a los siete solicitados) ha supuesto la alteración del iter procedimental establecido en la LCSP para salvaguardar la objetividad y el acierto en la selección de la oferta económicamente más ventajosa, lo cual ha podido posibilitar que se haya dado un trato desigual a la valoración de la oferta.

b) Consecuencias de la infracción de la evaluación separada

Llegados a este punto, procede analizar las consecuencias derivadas de la infracción de la evaluación separada y sucesiva de los criterios de adjudicación en el expediente remitido. En este sentido, este OARC / KEAO (ver, la Resolución 103/2016) ha calificado con anterioridad esta infracción como una irregularidad grave que afecta a un trámite esencial del procedimiento de adjudicación por ser uno de los que garantiza el principio de igualdad de trato entre los licitadores y la selección de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 1 de la LCSP). La consecuencia de ello, es la sanción de nulidad de pleno derecho del art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común, lo cual conlleva la cancelación de la licitación.

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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa KIRLAN KIROL LANAK, 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, anulando la adjudicación del contrato y cancelando la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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, 2021eko martxoaren 12a

Vitoria-Gasteiz, 12 de marzo de 2021