



EB 2015/071

Resolución 083/2015, de 28 de julio 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 GUEDAN – SERVICIOS DEPORTIVOS, S.A. contra la adjudicación de los “Servicios de control de accesos, monitores, socorrismo, control interior de piscinas y mantenimiento y limpieza de las instalaciones deportivas de Torresolo (lote 1)”, tramitado por el Ayuntamiento de Leioa.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 16 de junio de 2015 la empresa GUEDAN – SERVICIOS DEPORTIVOS, S.A. interpuso recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación de los “Servicios de control de accesos, monitores, socorrismo, control interior de piscinas y mantenimiento y limpieza de las instalaciones deportivas de Torresolo”, tramitado por el Ayuntamiento de Leioa.

SEGUNDO: El expediente fue recibido en este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales (en adelante, OARC / KEAO) el día 22 de junio de 2015. No consta en el expediente el informe al que se refiere el artículo 46.2 TRLCSP.

TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados, con fecha 23 de junio de 2015, se recibieron el día 10 de julio las de EMTESPORT.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la representación de Don O. Z.H. que actúa en nombre del recurrente.



EMTSPORT rechaza la legitimación de GUEDAN para interponer el recurso especial porque considera que se contraviene la doctrina de los propios actos porque se impugna solo la adjudicación del lote 2, mientras que no se ataca la del lote 1, que recayó en favor del recurrente, siendo así que el PCAP aplicable es el mismo, que el contenido material y formal de la adjudicación es el mismo en ambos casos y que el método de valoración ha sido también el mismo; se añade que la recurrente es la mayor beneficiaria de las irregularidades que denuncia, pues es quien ha obtenido la mayor puntuación en el informe técnico debatido, y que su verdadera intención es impedir que la valoración del precio ejerza influencia en la adjudicación.

Estas alegaciones no pueden aceptarse. El artículo 42 TRLCSP establece que «podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso», circunstancia que indudablemente concurre en este caso, dado que el recurrente es un licitador que no ha resultado adjudicatario y, por lo tanto, obtendría una innegable beneficio tangible si la impugnación prosperara con la anulación del acto atacado y la retroacción de actuaciones o la cancelación de la licitación. Por otro lado, con independencia de que este OARC / KEAO entiende que no es aquí aplicable la doctrina de los propios actos –no se puede privar a un licitador de una acción contra una actuación administrativa que le perjudica porque ha tolerado otra que le beneficia, supuestamente basada en los mismos criterios–, lo cierto es que ello sería, en todo caso, una argumentación relativa al fondo de la pretensión y en ningún caso una cuestión de legitimación.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, 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 euros.

TERCERO: El objeto del recurso es un acto impugnado, en concreto, la adjudicación del contrato (artículo 40.2 c) TRLCSP).

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.



QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Leioa tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

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

a) El acto de adjudicación y su notificación incumplen los requisitos legales mínimos al reflejar únicamente las puntuaciones obtenidas por los distintos licitadores, y no se indican las causas o motivos determinantes de las asignaciones de puntuación.

b) El informe técnico solicitado y aportado por el Ayuntamiento es incorrecto y parcial y no justifica las puntuaciones otorgadas; no se han dado cumplimiento a las propias precisiones de los antecedentes del informe externo sobre “metodología de valoración”, pues lo único que se ha redactado es un resumen de las ofertas de cada empresa.

c) El informe técnico modifica los criterios de adjudicación establecidos en la cláusula 10 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), pues el informe valora solo siete subcriterios de los diez que figuran en el criterio de adjudicación “Elementos de calidad para la ejecución del contrato”.

d) Es un vicio de nulidad que el comité de expertos decida cómo se van a distribuir los 30 puntos globalmente atribuidos a un criterio de adjudicación y no la propia Mesa de Contratación, arbitrariedad que se deriva de la inconcreción del PCAP y que supone la nulidad de pleno derecho de dichos pliegos.

e) Sin perjuicio del asesoramiento externo, la función de valorar las ofertas corresponde a la Mesa de Contratación, lo que no ha sucedido; se alega la sentencia del Tribunal Supremo de 18/7/2012.

f) Se alegan varios errores de hecho en las valoraciones efectuadas por el informe:

- En relación con el informe de EMTSPORT:



- El programa OMESA y el plan de autocontrol no deben tenerse en cuenta por estar ya implantado en las instalaciones deportivas con anterioridad a la licitación pública; lo mismo sucede con la aportación de maquinaria y medios de limpieza.
 - El análisis químico, físico y bacteriológico y la aportación de normativa aplicable al respecto no pueden diferenciar las ofertas porque son legalmente obligatorios.
 - No hay maquinaria deportiva, por lo que no es necesario su mantenimiento.
 - Se valoran propuestas de limpieza de instalaciones ajenas al contrato licitado (cuarto masajista, rocódromo...).
- En relación con el informe de SPORTSTUDIO:
 - Se valora la aportación de normativas sobre actividades externas que no se aplican en Torresolo, como la sauna y el rocódromo.
 - Se valora la visualización de informes y memorias que la propia empresa no aporta.
 - La normativa legal es pública y obligatoria para todos, igual que el programa de control de plagas.
 - Se valora el sistema de seguridad del bar, que está fuera de la licitación.
- g) Debe anularse todo el procedimiento, pues no cabe la mera retroacción al no ser posible ya la valoración separada de los criterios sujetos a apreciación subjetiva y los sujetos a fórmulas.
- h) Finalmente, se solicita la nulidad del acto de adjudicación y / o la nulidad de los pliegos (lote 1).



SÉPTIMO: Por su parte, la empresa EMTSPORT solicita que se rechace el recurso y alega lo siguiente:

a) Por lo que se refiere a las supuestas arbitrariedades del informe técnico, se alega lo siguiente:

- el hecho de que el Ayuntamiento tenga implantado en las instalaciones un programa OMESA no significa que EMTSPORT no aporte el suyo propio, más desarrollado y perfeccionado, incluyendo además un pago anual para las actualizaciones y modificaciones; asimismo, EMTSPORT propone la actualización y mejora del plan de autocontrol, no solo la continuidad o mantenimiento del existente.
- EMTSPORT propone y garantiza el cumplimiento de las obligaciones legales en materia de análisis y de plan de autocontrol.
- existe una diferencia entre aprovechar el material y maquinaria existente y viejo de las instalaciones y aportar material nuevo, siendo una mejora evidente reemplazar material obsoleto y sustituirlo por material nuevo.
- el PCAP incluye que se puede requerir al adjudicatario la realización de las funciones de mantenimiento de las piscinas del polideportivo de Sakoneta, el cuál sí tiene maquinaria deportiva.

b) La valoración de los criterios de adjudicación está amparada por la discrecionalidad técnica que corresponde a la Administración; el recurrente trata de sustituir el criterio del poder adjudicador por el suyo propio.

OCTAVO: El recurrente alega que la adjudicación y su notificación carecen de motivación y no indican las causas o motivos determinantes de las asignaciones de puntuación. Que la notificación incorpore una motivación suficiente es necesario para que su receptor pueda, en su caso, valorar si le interesa interponer el correspondiente recurso y, en su caso, con qué contenido. Con independencia de que se haya cumplido o no con el requisito formal de que la notificación esté



adecuadamente motivada, resulta evidente que, como él mismo reconoce, el recurrente ha tenido acceso, mediante el análisis de la documentación del expediente que le ha facilitado el órgano de contratación (en especial, el informe técnico que fundamenta la adjudicación). Dado que la ausencia de motivación es un defecto formal cuya trascendencia anulatoria se reduce a los casos en los que el acto carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o da lugar a la indefensión de los interesados –artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común–, este OARC / KEAO debe analizar si el citado informe satisface los requisitos exigibles a una motivación adecuada, pues en ese caso no se habría producido indefensión alguna –en este mismo sentido se expresa la Resolución 72/2013 del OARC / KEAO–.

Revisado el informe técnico que sustenta la adjudicación, se observa que, si bien se hace un extenso resumen de las ofertas y se atribuyen puntuaciones a cada una de ellas, no consta la valoración que cada una de las proposiciones merece a los informantes. Dicho de otro modo, no consta un juicio u opinión sobre el contenido de las ofertas que vincule los materiales analizados y las puntuaciones. Tan solo figura una larga exposición de datos, pero no es posible saber cuáles de ellos son decisivos para obtener una calificación favorable de la oferta, y en qué grado. 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. Faltando este juicio, la motivación es insuficiente, por lo que el recurso debe estimarse en el sentido de ordenar la retroacción de actuaciones para que el poder adjudicador emita una nueva motivación acorde con lo expuesto en el presente fundamento jurídico que justifique adecuadamente las puntuaciones otorgadas. Debe tenerse en cuenta que la retroacción no autoriza a una nueva aplicación de los criterios de adjudicación que, eventualmente, pudiera conducir a un resultado distinto, sino que únicamente se trata de fundamentar correctamente las puntuaciones ya otorgadas.



NOVENO: Deben analizarse también otros dos reproches del recurso contra el informe técnico que sirve para fundamentar la adjudicación.

En el primero de ellos, se alega que el comité que lo ha redactado ha usurpado las funciones de valorar las ofertas y de distribuir la totalidad de los puntos que el PCAP atribuye a los criterios aplicados entre los varios subcriterios que contienen, las cuales corresponden a la Mesa de Contratación, sin que quepa amparar tal actuación en la posibilidad de que este órgano colegiado solicite asesoramiento externo y en la asunción meramente formal del contenido del informe; en apoyo de este tesis, se aporta la sentencia de 18/7/2012 del Tribunal Supremo. A juicio de este OARC / KEAO, esta alegación debe ser desestimada, pues el caso analizado tiene sustanciales diferencias con el que sirve de base para la citada sentencia. Por un lado, aquí el informe es elaborado por un comité compuesto por dos técnicos municipales de ayuntamientos distintos del poder adjudicador y solo el tercer miembro, que desempeña funciones de secretaría técnica, pertenece a una empresa privada, por lo que sí se dan en la mayoría de los miembros las notas de imparcialidad y objetividad propias de las Administraciones Públicas que justifican la presunción de acierto de la que gozan; en cambio, en el caso de la sentencia la valoración se encomienda íntegramente a una empresa privada. Por otro lado, la sentencia se refiere a un supuesto al que se le aplicaba la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, actualmente derogada; en la legislación vigente, y a diferencia de aquella, el artículo 150.2 TRLCSP prevé expresamente la posibilidad de que, en ciertos casos, la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor se efectúe por un órgano distinto de la Mesa de Contratación compuesto empleados públicos no dependientes u organismos independientes cualificados. Aunque no se daba el supuesto de aplicación de este sistema y el poder adjudicador no tenía obligación de aplicarlo, se ha pretendido conseguir una objetividad similar encomendando la valoración a un comité compuesto por técnicos municipales ajenos y una empresa de cuya cualificación e imparcialidad el recurrente no duda. Por todo ello, la alegación debe desestimarse.

El segundo reproche que debe estudiarse es que el informe técnico ha alterado los criterios de adjudicación establecidos en la cláusula 10 del PCAP en dos aspectos porque únicamente se han valorado siete de los diez subcriterios en los que se



divide el criterio de adjudicación “Elementos de calidad para la ejecución del contrato (hasta 30 puntos).” Es cierto que tres de los epígrafes de la descripción del criterio en el PCAP no tienen su correspondiente reflejo en la distribución de la puntuación, en concreto, los epígrafes “otras consideraciones técnicas de las actividades del contrato”, “adecuado desarrollo de los aspectos y su completitud y coherencia” y “en particular, se tendrá en cuenta que los medios y organización son suficientes para responder de las obligaciones del contrato”. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el primero de ellos es, por definición, residual, por lo que su no consideración puede deberse a que no ha habido ningún aspecto técnico relevante de las ofertas que no esté ya comprendido en los demás epígrafes, y que los dos últimos, más que auténticos subcriterios, son pautas de valoración que deben seguirse en la aplicación de los demás epígrafes. Consecuentemente, esta alegación debe desestimarse.

Habida cuenta de la necesidad de retrotraer actuaciones para que se exponga una motivación adecuada por el poder adjudicador, no procede que este OARC / KEAO analice las concretas arbitrariedades en la valoración que denuncia el recurso, las cuales podrían hacerse valer, en su caso, en un recurso contra la nueva adjudicación y a la vista de la motivación que la sustente.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 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 GUEDAN – SERVICIOS DEPORTIVOS, S.A. contra la adjudicación de los “Servicios de control de accesos, monitores, socorrismo, control interior de piscinas y mantenimiento y limpieza de las instalaciones deportivas de Torresolo (lote 1)”, tramitado por el Ayuntamiento de Leioa, anulando la adjudicación y



ordenando la retroacción de actuaciones en los términos expresados en el Fundamento de Derecho octavo de la presente Resolución.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento.

TERCERA: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTA: 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 uztailaren 28a

Vitoria-Gasteiz, 28 de julio de 2015