



EB 2021/047

Resolución 086/2021, de 24 de mayo, 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 BIZKORTZEN, SLU contra la adjudicación del contrato de “Servicios de actividades físicas y deportivas y de salvamento y socorrismo acuático en las instalaciones gestionadas por el Instituto Municipal de Deportes”, y tramitado por el Ayuntamiento de Ermua.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 12 de marzo de 2021, ha tenido entrada 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 BIZKORTZEN, SLU (en adelante, BIZKORTZEN) contra la adjudicación del contrato de “Servicios de actividades físicas y deportivas y de salvamento y socorrismo acuático en las instalaciones gestionadas por el Instituto Municipal de Deportes”, y tramitado por el Ayuntamiento de Ermua.

SEGUNDO: El mismo día 12 se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y el informe a los 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 día 16 de marzo.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados, con fecha 25 de marzo se han recibido las alegaciones de ATHLON SINTAGMIA, S.L. (en adelante, ATHLON).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PREVIA: Sobre la pretensión

Se observa que la pretensión que formalmente figura en el escrito es la de que “(...) se conceda el acceso al expediente que se ha negado a esta empresa y poder proceder a completar el recurso, y en cualquier caso se acuerde la suspensión de cualquier acuerdo adoptado en el seno del procedimiento de adjudicación”. No obstante, este OARC / KEAO considera que de las diversos motivos y argumentos expuestos a lo largo del escrito, referidos a una adjudicación basada en unos pliegos confusos y contradictorios y una valoración arbitraria de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor, se desprende que la intención manifestada por la recurrente es la de impugnar el acuerdo de adjudicación para conseguir que se declare que éste adolece de vicios de invalidez (artículo 112.1 de la Ley 39/2015), o dicho de otro modo, consta la pretensión de expulsar del mundo jurídico un acto que se considera contrario a derecho o, en su caso, de modificarlo o de sustituirlo (ver, por ejemplo, la Resolución 31/2019 del OARC / KEAO). En definitiva, resulta clara la finalidad impugnatoria del escrito, y, consecuentemente, su naturaleza de recurso que, a la vista de lo expuesto en los fundamentos siguientes, deberá tener el tratamiento procedimental de recurso especial en materia de contratación regulado en los artículos 44 y siguientes de la LCSP.

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente, por ser una empresa licitadora que argumenta en contra de la adjudicación del contrato con la finalidad de que se adjudique a ella el contrato y la representación de B. B. P., 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 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. El poder adjudicador y el adjudicatario impugnado alegan que no existe objeto del recurso porque el Decreto de Alcaldía de 23/2/2021 impugnado ha sido anulado por falta de competencia. No obstante, también reconoce el primero de ellos que el acuerdo ha sido íntegramente adoptado el 10/3/2021 por el órgano competente (el Ayuntamiento en Pleno), por lo que entiende este Órgano que el error evidente en la identificación formal de la decisión no puede ser obstáculo a la tramitación del recurso, más aún cuando todas las partes implicadas reconocen cuál es el acuerdo materialmente impugnado.

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 Ermua tiene la condición de poder adjudicador, concretamente de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Argumento del recurso

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

a) La recurrente solicita el acceso a la oferta de ATHLON en relación con el criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor E1 por considerar que:

- contiene una propuesta que adolece de la misma tacha que se le imputa a la suya, consistente en la duplicidad de la propuesta con el servicio “ErmuaMugi”, lo que le ha valido a la recurrente una puntuación sensiblemente inferior. A este respecto, sospecha que la oferta de Athlon no contiene la coexistencia colaborativa con “ErmuaMugui” señalada en el informe de valoración.
- (i) se han modificado los criterios de adjudicación respecto de los que figuraban en el procedimiento de adjudicación cancelado por la Resolución 152/2020 del OARC / KEAO, (ii) siendo el plan de servicios de actividad física y deporte el criterio sujeto a juicio de valor que más puntúa es el menos desarrollado en el Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT), (iii) que ATHLON es la empresa adjudicataria del contrato del servicio “ErmuaMugi” y (iv) el contenido de “ErmuaMugi” es muy similar al del PPT, lo que motiva oscuridad o contradicción en los pliegos que incentiva la duplicidad.

b) Se muestra la disconformidad con la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor. En concreto,

- en el criterio identificado como A.2 se motiva como debilidad de su oferta “La ausencia de sistemas de evaluación, revisión y mejora del plan”, cuando en la descripción del apartado a valorar nada se indica al respecto.
- en el apartado C.2 BIZKORTZEN no presentó cronograma, pero si la periodización de cada una de las acciones. Además, se aprecia



valoración sesgada, pues omitiendo ATHLON algún apartado se le ha valorado más.

- en el criterio D1, hay un error en la valoración de ATHLON, que oferta una formación de 82 horas anuales y no las 84 anuales recogidas en el informe, en el que se oferta formación en “ErmuaMugi”, que es objeto de otro contrato. Además, el informe recoge como debilidad de BIZKORTZEN un aspecto no especificado en el criterio.

c) Finalmente, solicita el acceso al expediente.

SÉPTIMO: Alegaciones de ATHLON

La adjudicataria impugnada se opone al recurso con los siguientes argumentos:

- a) La recurrente carece de legitimación, pues la alegación realizada en ningún caso implicaría una asignación de 5,5 puntos más en el criterio de adjudicación debatido.
- b) Resulta curioso que la recurrente se queje de que no puede acceder a la totalidad de la oferta de ATHLON, que al menos contiene 3 páginas declaradas como no confidenciales, cuando declara la integridad de su proyecto como confidencial, con la excepción de la página número 1.
- c) En lo que respecta a las valoraciones, las manifestaciones de la recurrente son meras afirmaciones subjetivas. En particular,
 - Respecto al criterio de adjudicación A.2 el PPT determina claramente que ha de existir un sistema de evaluación, revisión y mejora (cláusulas 4.3 y 4.4).
 - En lo que respecta al criterio C.2, la propia literalidad del criterio exige la presentación de un cronograma y la periodización de acciones, que únicamente nos muestra las veces que se llevará a cabo una acción, no



es lo mismo que un cronograma, que nos muestra cuándo se llevará a cabo. Además, la recurrente propone 4 medidas de atención e información y 8 medidas de fidelización frente a las 14 y 18, respectivamente, que propone ATHLON.

- En el criterio D.1 la diferencia de puntuación se sustenta en que, frente a la única fortaleza y tres debilidades de la oferta de la recurrente, ATHLON obtiene 5 fortalezas y una debilidad.

d) En relación con el criterio E.1,

- se opone que ATHLON SINTAGMIA, SL no es el adjudicatario del contrato, sino ATHLON KOOP. E.
- es evidente que los aspectos derivados del PCT y del PPT son los que ha tenido en cuenta el informe de valoración al analizar las ofertas. A este respecto, ATHLON ha elaborado unos programas para que el asesoramiento del equipo de “ErmuaMugi” pueda concretarse en propuestas concretas a realizar en el equipamiento deportivo. Los pliegos exigen expresamente la “creación de un nexo de unión” entre la ciudadanía, asesorada por “ErmuaMugi”, y el polideportivo municipal.
- no hay oscuridad; tanto la tercera empresa licitadora (AITEKO MANAGEMENT) como ATHLON efectuaron una oferta basada en la complementariedad.
- La recurrente da por supuesto que la valoración se basa únicamente en la duplicidad, pero en el informe de valoración se citan otras causas.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) Sobre la sospecha de duplicidad en el criterio de adjudicación E.1 y “ErmuaMugi”,



- se manifiesta que la propuesta de ATHLON muestra evidencias totales de desplegar una propuesta de actuación física de manera colaborativa, sin que existan duplicidades, y que la recurrente confunde en el criterio D.1 “Plan de formación” lo que son actividades de servicio con el personal que presta el servicio.
- En lo referente a la similitud de “ErmuaMugi” con lo regulado en el PPT, dos de las tres empresas licitadoras, han comprendido y desplegado un programa de servicios sin generar duplicidades

b) En lo que respecta a las alegaciones referidas al criterio de adjudicación A.2, la valoración de los mecanismos que las licitadoras han propuesto para la evaluación, revisión y mejora de cada una de las propuestas está justificada y legitimada por el carácter público de la entidad contratante y el sistema de buena gobernanza implantado por el Ayuntamiento.

c) En lo referente a las alegaciones a la valoración del criterio C.2, se cuestiona la presentación por parte de ATHLON de un cronograma cuando lo exige la propia dicción del criterio de adjudicación.

d) En la valoración del criterio D.1 no existe el error alegado por la recurrente. Por su parte, la inclusión en la formación de personal perteneciente a servicios auxiliares y control de accesos, que no son objeto del contrato, no altera el resultado final del número de horas anuales de formación.

e) Sobre el acceso al expediente, se alega que el 96 % del proyecto de la reclamante se ha declarado como confidencial frente el 52 % del de ATHLON y el 0% del de AITEKOMANAGEMENT, resultando inaudito y contrario a la buena fe y actos propios que se solicite el acceso a una información de los competidores que la reclamante ha considerado confidencial. Además, no es cierto que únicamente haya tenido acceso a una página de la oferta efectuada al criterio E.1 sino que ha tenido acceso a tres.



f) En relación con el procedimiento de licitación y modificación del precedente, se alega que la recurrente en ningún momento acredita que los pliegos adolezcan de falta de claridad, muy al contrario, los criterios de adjudicación, interpretados de forma conjunta con otros apartados de la documentación contractual, son comprensibles y, de hecho, dos de las licitadoras las han interpretado en el mismo sentido. Además, la recurrente no ha solicitado ninguna aclaración de las estipulaciones.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

Son varias las principales cuestiones planteadas por el recurso: (i) la solicitud de acceso al expediente, (ii) la oscuridad o contradicciones de la información contractual y (iii) la incorrecta aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. El análisis del recurso debe comenzarse por la solicitud de acceso en primer lugar porque su aceptación supondría la concesión de un plazo adicional para dicha compleción.

a) Sobre la petición de acceso al recurso

La recurrente pide el acceso a la oferta de ATHLON alegando que, en el trámite de acceso previo a la interposición del recurso, solo pudo acceder a un folio del proyecto que desarrolla el criterio de adjudicación E.1.

Como viene señalando este Órgano (ver, por todas, su Resolución 13/2021), la solicitud de acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial se regula en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que ya figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPE). La finalidad que persigue este procedimiento es evitar la indefensión de la recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación no sea la causa de un



recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, por ejemplo, la Resolución 436/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Para sustentar su decisión, este OARC/KEAO ha de estar a lo alegado por la recurrente y por el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (especialmente, la solicitud de acceso inicial al órgano de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano resolutorio) y a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los intereses comerciales legítimos o de los datos de carácter personal. Debe recordarse en todo caso que, tal y como se dijo en la Resolución 248/2015 del TACRC, el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso se solicita sean necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho. Consecuentemente, con independencia del juicio que pueda merecer la denegación decidida por el poder adjudicador en cuanto a su adecuación a la LCSP, solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado y, en concreto, cuando le impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC / KEAO) de modo que si, por ejemplo, la resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP o el interesado accedió por otra vía a la información necesaria no puede alegarse dicha indefensión. Por otro lado, el derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras no es un derecho absoluto, sino que debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora (ver, por ejemplo, la Resolución 329/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía). Finalmente, este Órgano ha venido señalando que es contrario a la buena fe que un licitador solicite el acceso a aspectos de la documentación



presentada por un competidor cuando él mismo ha declarado confidencial los mismos aspectos en referencia a su propia proposición (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 130/2015, 72/2018, 57 y 134/2019 y 30/2021).

Aplicado lo anterior al caso analizado, se estima que no procede el acceso requerido por los motivos que se exponen a continuación:

- 1) Según consta en el expediente, a excepción de una página (la numerada como 2, que contiene los objetivos del servicio y el análisis de la situación actual), BIZKORTZEN ha declarado confidencial la información que consta en el “Plan de promoción de actividad física” (criterio de adjudicación E.1), por lo que es contrario a la buena fe pretender acceder a la información equivalente aportada por su competidor cuando él mismo ha considerado que dicho contenido es merecedor de protección “por razón de su vinculación a secretos técnicos o comerciales” (página 1 de la oferta de BIZKORTZEN).
- 2) Consta que la recurrente ha tenido acceso a la parte de la oferta de ATHLON no declarada como confidencial que, en lo referente al criterio de adjudicación E.1, es aquella que contiene la contextualización del plan ofertado y una exposición de la estructura local que trabaja en la promoción de la actividad física y estilos de vida saludable, que resulta ser una información equivalente a la declarada como no confidencial por la recurrente, de lo que se desprende que la declaración de confidencialidad de ATHLON no se extiende a la totalidad de la oferta y resulta proporcional habida cuenta de que coincide, en lo sustancial, con la efectuada por la recurrente.
- 3) El motivo de solicitar el acceso se basa en la sospecha, en vista de la documentación a la que ha podido acceder y del informe de valoración, de que ATHLON pueda incurrir en la duplicidad que se le imputa a la recurrente. En el supuesto que nos ocupa, se aprecia que el poder



adjudicador ha motivado debidamente su decisión en un informe en el que se expresa por cada una de las ofertas efectuadas su contenido a rasgos generales y una evaluación sobre las debilidades y fortalezas de la oferta. A ello se anuda la puntuación que sigue el método especificado en la cláusula 19 del Anexo I del PCAP consistente en calificar la oferta de insuficiente, suficiente, buena o muy buena. Consecuentemente, no resulta imprescindible conceder el acceso a la oferta de la competidora, pues el motivo de recurso está claramente centrado sobre la base de lo expuesto en la motivación del informe de valoración; de hecho, a la recurrente le ha sido suficiente con analizar dicho informe para fundar su afirmación de que la adjudicación es arbitraria.

La conclusión a todo ello es que procede analizar las cuestiones planteadas por la recurrente.

b) Sobre la modificación de los criterios de adjudicación

Alega la recurrente que se han modificado los criterios de adjudicación que figuraban en el PCAP del procedimiento de adjudicación sobre el mismo objeto contractual, anterior al que nos ocupa, que fue cancelado por este OARC / KEAO en su Resolución 152/2020, en cuyo apartado dispositivo primero se establecía:

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa BPXPORT XXI, S.L.U. contra la adjudicación del contrato de “Servicios de actividades físicas y deportivas en sala y piscina, de salvamento y socorrismo acuático, y de consejería y control de accesos de los edificios e instalaciones gestionados por el Instituto Municipal de Deportes”, y tramitado por el Ayuntamiento de Ermua, acordando la anulación de la adjudicación con los efectos establecidos en el apartado d) del Fundamento Jurídico Octavo de esta Resolución.

Apartado d) del Fundamento Jurídico Octavo

d) Conclusión



Por lo que se refiere a la consecuencia de la anulación, este OARC / KEAO se encuentra con que, por un lado, se desconoce cuál hubiera sido el peso relativo máximo de la característica erróneamente apreciada en el conjunto de la valoración, de tal forma que no puede proceder a su ponderación en el sentido de disminuir la puntuación de la oferta de la adjudicataria por ese concreto aspecto (lo que, en su caso, podría haber llevado a considerar irrelevante la infracción para alterar el orden del listado del artículo 150.1 de la LCSP); por otro, aunque en un principio dicha anulación conllevaría a una retroacción de las actuaciones para una nueva valoración del criterio debatido, ya se ha efectuado la ponderación de los criterios de adjudicación valorables mediante la aplicación de fórmulas, de forma que ya no podría realizarse la valoración separada que exige el artículo 146.2 b) de la LCSP, por lo que debe cancelarse la licitación. Finalmente, debe señalarse que el momento al que se deben retrotraer las actuaciones no ha de ser forzosamente el de la redacción de los pliegos, pues ningún reproche a ellos ha efectuado el recurrente, pudiendo optar el órgano de contratación por redactar unos nuevos pliegos o por reiniciar un nuevo procedimiento de adjudicación con base en los mismos (ver, por ejemplo, las Resoluciones 88/2018 y 117/2019 del OARC / KEAO).

Como se desprende de los apartados transcritos, la correcta ejecución de la Resolución 152/2020 no impedía al poder adjudicador redactar unos nuevos pliegos y, en el ejercicio de la facultad discrecional que le asiste en su elaboración fijar unos criterios de adjudicación diferentes, habida cuenta que, tal y como motiva el poder adjudicador, tras la cancelación de la licitación los licitadores conocían la oferta de su competidor.

Consecuentemente, este argumento impugnatorio ha de ser desestimado.

c) Sobre la oscuridad o contradicción del PCAP

El análisis de la alegación debe partir de las cláusulas del PCAP y PBT impugnadas, que son firmes y consentidas por no haber sido impugnado por las partes, y que dicen así:

Pliego de Bases Técnicas

10.- SERVICIOS DE ACTIVIDAD FÍSICA Y DEPORTE PARA LA CIUDADANÍA



La actividad física y la práctica deportiva es un elemento asociado directamente con la calidad de vida de la población. El servicio de actividad física y deporte para la ciudadanía pretende actuar como una herramienta para la implantación de estilos de vida activos y saludables, y para el impulso de la cohesión social y territorial posibilitando un acceso real a los sectores más desfavorecidos.

El servicio deberá de hacer un análisis de la situación actual y plantear programas de mejora para la salud integral de la población. Es fundamental la creación de un nexo de unión entre la ciudadanía y el abanico de los servicios deportivos ofertados dentro y fuera de las instalaciones y del municipio.

Se ofrecerá el servicio en euskera y castellano, teniendo en cuenta la opción lingüística de las personas usuarias.

Apartado 19 del Anexo I del PCAP

A) CRITERIOS CON ARREGLO A UN JUICIO DE VALOR: (hasta 50 puntos)

(...)

E. Plan de promoción de actividad física para la mejora de la calidad de vida y prevención del sedentarismo en la población (15 puntos).

E.1.- Propuesta de un plan de servicios de actividad física y deporte para los ciudadanos fomentando los estilos de vida activos y saludables de la población. Se valorará la personalización de un plan de seguimiento de salud integral (15 puntos).

Se alega la similitud entre “ErmuaMugi”, objeto de un contrato diferente, y las prestaciones descritas en la cláusula 10 del PCAP. Partiendo del alcance y contenido del principio de transparencia (ver, por todas, la Resolución 3/2020 de este OARC / KEAO), que implica todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, Succhi di Frutta, apartado 111, asunto C-496/99P, ECLI:EU:C:2004:236), este OARC / KEAO considera que el argumento de la oscuridad debe ser desestimado por las siguientes razones:



- 1) Interpretadas conjuntamente, la cláusula 10 del PPT y el criterio de adjudicación E.1 exigen al licitador que presente programas de mejora para la salud integral de la población y que, a tal efecto, se efectúe un análisis de la situación actual concretando como una de las finalidades de los programas a ofertar que Es fundamental la creación de un nexo de unión entre la ciudadanía y el abanico de los servicios deportivos ofertados dentro y fuera de las instalaciones y del municipio. Estos programas son objeto de evaluación conforme al criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor E.1 que especifica que Se valorará la personalización de un plan de seguimiento de salud integral.
- 2) La prescripción técnica, así como el criterio de adjudicación, son claros y no entran en contradicción ni confusión entre ellos, por el contrario, son complementarios y basta realizar una lectura conjunta de ambos para, sin precisar de complejos instrumentos hermenéuticos, comprender su significado y alcance.
- 3) No se aprecia ni duplicidad ni confusión con las prescripciones técnicas de “ErmuaMugi”, que persiguen unos objetivos y finalidades diferentes, si bien complementarios, a los del objeto del contrato.
- 4) La recurrente no solicitó aclaración sobre el alcance y contenido de la prescripción técnica y del criterio de adjudicación que la valora y, de hecho, ha interpretado correctamente el contenido de ambas, pues en su oferta ha incluido la información solicitada: el análisis de la situación actual (páginas 2 a 5 del “Plan de promoción y actividad física” propuesto), sobre cuya base ha elaborado un programa, que es lo que ha valorado el poder adjudicador motivando su puntuación sobre la base de dos fortalezas y dos debilidades, una de las cuales es la recurrida.
- 5) La alegación de que ATHLON goza de una ventaja inherente de facto por ser la adjudicataria del contrato “ErmuaMugi” debe ser desestimada, pues



según afirma el poder adjudicador la adjudicataria de este contrato es ATHLON COOP.E., mercantil diferente a la licitadora ATHLON SINTAGMIA, S.L. Por su parte, la recurrente no realiza ningún esfuerzo por argumentar que ATHLON SINTAGMIA, S.L. estuviera en posesión de información adicional o diferente a la que pudiera acceder la propia recurrente que colocara a la primera en una situación de ventaja ilegítima. Además, cabe señalar que, incluso de haber sido esta última la empresa adjudicataria de “ErmuaMugi”, la ventaja sería ilegítima si de los pliegos del contrato se observara una estructura de la obligación favorable a ella o durante el procedimiento de adjudicación se reservara información útil para la elaboración de la oferta (ver, en este sentido, la Resolución 6/2016 de este OARC / KEAO) sin que, ni de los pliegos ni de las alegaciones del recurso se desprenda lo primero, porque todos los licitadores han entendido en el mismo sentido las referidas cláusulas, ni lo segundo, porque la información alegada en el recurso es pública.

- 6) En vista de lo señalado en los números anteriores, únicamente cabe concluir que lo que realmente se está impugnando es la aplicación del criterio de adjudicación, esto es, si el poder adjudicador ha traspasado los límites de la discrecionalidad técnica al introducir en la evaluación positiva o negativa de las ofertas las referencias a “ErmuaMugi”.

Consecuentemente, el argumento basado en la oscuridad de los pliegos ha de ser desestimado.

d) Sobre la aplicación del criterio de adjudicación E.1

Conforme a la literalidad del criterio de adjudicación E.1, en la evaluación se valorará la personalización de un plan de seguimiento de salud integral y, a tal efecto, se debe presentar una Propuesta de un plan de servicios de actividad física y deporte para los ciudadanos fomentando los estilos de vida activos y saludables de la población. Por su parte, en las prescripciones referidas a los servicios de actividad física y deporte para



la ciudadanía (cláusula 10 del PPT) se exige que se planteen programas de mejora para la salud integral de la población sobre la base de un análisis de la situación actual que ha de realizar el licitador. Teniendo en cuenta todos estos elementos, que constituyen la base parcialmente reglada del criterio de adjudicación que ha de aplicar el poder adjudicador, se considera que el motivo impugnatorio ha de ser desestimado por las siguientes razones:

- 1) La valoración de la oferta de la personalización de un plan de seguimiento de salud integral conlleva el contraste de lo ofertado con las necesidades existentes. En concreto, en lo que respecta a la oferta de la recurrente, el Informe de valoración afirma que tiene conocimiento de los objetivos y la estrategia municipal de fomento de los estilos de vida activos y saludables (entre los que se encuentra “ErmuaMugi”), que se califican como de “excelente definición”. De hecho, las fortalezas observadas en la oferta consisten en “La excelente definición de los objetivos a alcanzar por el programa de mejora de la salud” y en la participación de los agentes de la Red Local de Salud, de lo que se desprende que la evaluación de la situación ha sido satisfactoria. Este Órgano considera que la debilidad observada en el Informe de valoración y la única recurrida, referida al despliegue de las acciones propuestas (el plan de actividad física y deporte propuesto), no traspasa la base parcialmente reglada del criterio de adjudicación, ya que lo que en realidad expresa es un deficiente análisis de las herramientas con las que satisfacer las necesidades realmente existentes, por lo que el evaluador se mantiene dentro de los límites de la discrecionalidad técnica que le asiste al valorar la ventaja que le pueda suponer la oferta realizada, que en este caso se ha calificada globalmente de “suficiente” si nos atenemos al método de valoración establecido en el apartado 19 del Anexo I del PCAP.
- 2) La motivación del informe de evaluación contiene la información necesaria para concluir que la oferta de ATHLON es superior en varios aspectos a la de la recurrente por motivos diferentes a “ErmuaMugi” (incorporación



de la visión psicosocial, aumento de la ocupación sala fitness...). En lo que respecta a la “duplicidad” denunciada, el informe de evaluación motiva que las acciones propuestas se efectúan desde la coordinación y la colaboración bidireccional; términos que se suceden repetidamente en el informe de valoración (por ejemplo, en el apartado “Alineación con la estrategia municipal” o “Personalización del plan de seguimiento de salud integral”). Por su parte, examinada dicha oferta por este Órgano se observa que, en lo que respecta al “Plan de actividad física y deporte”, se proponen hasta cinco acciones que se caracterizan todas ellas por su personalización a individuos (sesiones prácticas de fuerza, seguimiento personalizado) o a colectivos concretos (adolescentes, usuarios del polideportivo), que son complementarias a las acciones derivadas de “Ermuamugi”.

e) Sobre la aplicación de los criterios de adjudicación A.2, C.2 y D.1

BIZKORTZEN impugna, además, la valoración otorgada en el informe técnico, tanto a ella como a ATHLON, en varios criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor diferentes del E.1, por entender que se ha favorecido de forma arbitraria a la adjudicataria. Dichos criterios son los siguientes:

A. Plan de gestión y optimización de personas: Proyecto de gestión de personas – procedimiento de trabajo, organización, coordinación, control y evaluación del personal-, adaptado a las características del contrato (10 puntos).

(...)

A.2.- Plan de gestión y protocolos de actuación ante sustituciones del personal adscrito al servicio y ante nuevas contrataciones para garantizar el desarrollo de todas y cada una de las sesiones. Se valorarán aspectos como la identificación del tipo de sustituciones que se pueden plantear en el desarrollo del servicio, los medios materiales y las personas destinadas para ello (4 puntos).

C. Propuestas y estrategias dirigidas a la captación y fidelización de las personas usuarias. Acciones concretas a desarrollar por la empresa con sus respectivos indicadores (10 puntos).

(...)



C.2.- Personalización en la atención a las personas usuarias y fidelización de las personas abonadas y cursillistas. Se valorarán las medidas concretas de atención/información/fidelización propuestas, debiéndose detallar un cronograma de implantación y despliegue (5 puntos).

(...)

D. Plan anual de formación y reciclaje durante el periodo de duración del contrato y sus prórrogas (5 puntos).

D.1.- Plan de Formación y reciclaje medido en horas anuales de cursos y trainings y la declaración de acciones concretas de formación y motivación dirigidas al personal implicado en la ejecución del contrato. Se valorará la adecuación de las acciones formativas encaminadas a la cualificación, puesta al día, la polivalencia y la adaptabilidad del personal técnico para amoldar las competencias de las personas a los requerimientos en la prestación de los servicios (5 puntos).

Las valoraciones de este OARC / KEAO son las siguientes:

e.1) Sobre el criterio A.2

Se alega que la base parcialmente reglada del criterio no contiene referencias a la necesidad de establecer sistemas de evaluación, revisión y mejora del plan. A este respecto, se ha de tener en cuenta que lo que se evalúa es el plan propuesto y que toda actividad de planificación exige que contenga mecanismos de evaluación a fin de proceder a su corrección, por lo que no se aprecia que se haya vulnerado la discrecionalidad en la valoración de este criterio de adjudicación.

e.2) Sobre el criterio C.2

La exigencia de que se detalle un cronograma de implantación y despliegue figura en la propia descripción del criterio de adjudicación, por lo que su omisión o aportación es valorable y, en lo que respecta a los indicadores, la propia recurrente alega que los propuestos son aplicables a todas las acciones, por lo que reconoce que la apreciación que figura en el informe de que los propuestos “son de carácter general” se ajusta a lo ofertado.



e.1) Sobre el criterio D.1

También ha de desestimarse la alegación referida a que en la oferta de ATHLON se valora positivamente la formación en un servicio ajeno al contrato porque la propuesta tiene por objetivo la “Metodología de comunicación y seguimiento entre el servicio del polideportivo y ErmuaMugi” y no la formación en los contenidos de “ErmuaMugi”. A este respecto, se ha de tener en cuenta que la oferta de ATHLON en el criterio E.1 consiste en la coordinación y la colaboración bidireccional con ErmuaMugi. En el que respecta al resto de cuestiones denunciadas, se constata que en la página 35 de la oferta de ATHLON consta una formación inicial de 32 horas por trabajador más una formación de 2 horas en riesgos laborales y COVID-19, por lo que la suma de horas total que figura en el informe es correcta, y las referencias que se efectúan a Oñati se sacan de contexto, ya que en la oferta de ATHLON figuran en el criterio A, en el apartado de Plan de gestión y optimización de personas (página 7), y se trata de una descripción de dónde tiene ubicada la empresa su personal.

f) Conclusión

Consecuentemente, el recurso debe ser desestimado.

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 BIZKORTZEN, SLU contra la adjudicación del contrato de “Servicios de actividades físicas y deportivas y de salvamento y socorrismo acuático en las instalaciones gestionadas por el Instituto Municipal de Deportes”, y tramitado por el Ayuntamiento de Ermua.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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 maiatzaren 24a

Vitoria-Gasteiz, 24 de mayo de 2021