



EB 2020/170

Resolución 017/2021, de 29 de enero, 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 BPXPORT XXI, S.L.U. contra la adjudicación del contrato de “Concesión de los servicios para la gestión, explotación, y conservación del servicio público de las instalaciones deportivas de El Jaro y las piscinas descubiertas de Arandia”, y tramitado por el Ayuntamiento de Ugao-Miraballes.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 25 de noviembre de 2020, 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 BPXPORT XXI, S.L.U. (en adelante, BPXPORT) contra la adjudicación del contrato de “Concesión de los servicios para la gestión, explotación, y conservación del servicio público de las instalaciones deportivas de El Jaro y las piscinas descubiertas de Arandia”, y tramitado por el Ayuntamiento de Ugao-Miraballes.

SEGUNDO: El mismo día 25 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 3 de diciembre.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 4 de diciembre, se han recibido el día 14 de diciembre las alegaciones de la UTE UGAO KIROLAK (en adelante, la UTE), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente, por ser una empresa licitadora 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 c) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de concesión de servicios cuyo valor estimado supere los 3.000.000 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 Ugao-Miraballes 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) No se ha dado la necesaria publicidad de los trámites de la licitación en el perfil del contratante y, concretamente, la relativa a la información correspondiente a la apertura de las proposiciones económicas.
- b) En el presente procedimiento se ha incumplido lo establecido en la LCSP relativo a las notificaciones electrónicas.
- c) Tanto en materia de los sistemas de gestión como respecto de la materia de igualdad no ha quedado debidamente motivada la puntuación otorgada a la adjudicataria.
- d) Finalmente, solicita la anulación del acuerdo de adjudicación y de todo el procedimiento de licitación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

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

- a) El Ayuntamiento ha cumplido con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la LCSP en lo que a la tramitación electrónica se refiere y, muy especialmente, en lo relativo a la presentación de ofertas y solicitudes de participación.
- b) La recurrente reconoce la existencia de la publicidad legalmente requerida hasta el 9 de septiembre de 2020. Posteriormente, se celebraron dos mesas de contratación en fechas 30 de septiembre y 2 de octubre y en esta última, celebrada en acto público y con la asistencia de una persona en representación de una de las dos licitadoras, se procedió a dar lectura del informe de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor y posteriormente a la apertura de las proposiciones económicas y la propuesta de adjudicación al órgano de contratación. El acuerdo de adjudicación se notificó a través de la plataforma de la Diputación Foral de Bizkaia y se reforzó mediante su remisión vía postal.



c) Respecto de la falta de motivación de la puntuación relativa al criterio “Sistema de gestión certificados” y el relativo a Igualdad, se indica que en el primer caso la recurrente incurre en error, pues su propuesta no ha sido menos valorada que la de la adjudicataria sino de la misma forma (3 puntos); y respecto del criterio de igualdad, aunque hipotéticamente se le diera la razón a su argumento, en ningún caso podría acceder a al contrato, ya que la diferencia en puntos es mayor a la que a través de esta alegación pudiera obtener.

OCTAVO: Alegaciones de la UTE

La UTE también se muestra contraria a la estimación del recurso por los siguientes argumentos:

a) El poder adjudicador ha seguido puntualmente los trámites que exige la LCSP en la licitación mediante el procedimiento abierto y los pliegos que rigen el procedimiento; concretamente, se ha producido la valoración separada de los sobres y el defecto procedimental de no publicar las actas y valoraciones hasta el momento de la adjudicación no puede producir la anulación del procedimiento, pues no se incurre en causa de nulidad ni anulabilidad, ni dicha actuación ha causado indefensión al recurrente.

b) Sobre la falta de motivación de la puntuación otorgada, debe indicarse, en primer lugar, que incurre en error respecto de los “Sistemas de gestión certificados” y, en segundo lugar, carece de legitimación respecto del criterio sobre la Igualdad porque su estimación no le haría obtener el contrato.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

Dos son las principales cuestiones planteadas por el recurso: (i) la no publicación en el perfil del contratante de la convocatoria del acto público de la apertura de las proposiciones económicas y la falta de notificación electrónica del estado de la licitación y (ii) la ausencia de motivación de la puntuación otorgada en los



criterios de adjudicación. A continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano.

a) Sobre la falta de publicación en el perfil de la convocatoria de la apertura de la oferta económica

La recurrente considera la falta de publicación en el perfil del contratante de la convocatoria para la apertura de los sobres económicos y el hecho de no haber podido conocer antes de dicha apertura las puntuaciones otorgadas a los proyectos técnicos como causas de nulidad de derecho administrativo, al considerar que se omite con ello un trámite esencial del procedimiento a los efectos del artículo 157.4 de la LCSP en relación con el artículo 47.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC).

Sin embargo, este Órgano no puede compartir esta conclusión. Conviene señalar que no se alega propiamente que falten los documentos reseñados (cuestión que no discute la recurrente y debe descartarse ca la vista del contenido del expediente administrativo remitido), sino la mera falta de publicación en el perfil del contratante de la mencionada convocatoria. No obstante, esta pretendida omisión no tiene encaje en ninguno de los supuestos de invalidez establecidos en los artículos 38 y 39 de la LCSP.

En primer lugar, parece clara la voluntad del legislador de reservar la sanción de nulidad de pleno derecho específicamente contractual en los casos de defectos de publicación a los que afectan, según el artículo 39.2 c) de la LCSP, a la falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135. Esta reserva se antoja razonable dada la trascendencia que tiene la publicación o falta de ella de la licitación en los principios de transparencia, libre concurrencia e igualdad, entre otros, que rigen el procedimiento de contratación, principios que no se ven afectados



propiamente por la falta de publicación de los documentos mencionados por la Recurrente en su escrito.

En segundo lugar, descartada la existencia de una causa de nulidad específicamente contractual, debe rechazarse asimismo que el defecto invocado pueda considerarse generador de nulidad de pleno derecho o anulabilidad desde la perspectiva del procedimiento administrativo. De una parte, el artículo 47.1 de la LPAC reserva la aplicación de su letra e) a los casos en los que el defecto procedimental es de tal entidad que equivale a la práctica inexistencia del mismo. Pues bien, nada alega la recurrente sobre el perjuicio que le ha causado la ausencia de publicación en el perfil del contratante de la convocatoria para el trámite de la apertura de las proposiciones económicas o el desconocimiento de las puntuaciones atribuidas en virtud de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor; de hecho, consta en el expediente que accedió electrónicamente a la documentación. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la apertura pública de los sobres que contienen la oferta económica no era en este caso preceptiva por ser un procedimiento con licitación electrónica (artículo 157.4 de la LCSP). Consecuentemente, este motivo de impugnación debe ser desestimado.

b) Sobre la notificación por medios electrónicos

La recurrente alega que no se le ha comunicado electrónicamente el estado de la licitación. Sin embargo, consta en el expediente (página 614) la notificación a la recurrente de forma electrónica mediante la puesta a disposición de la decisión de la Mesa de contratación de la propuesta de adjudicación en su sede electrónica el día 5 de octubre de 2020. Esta actuación del poder adjudicador y su notificación se ajustan plenamente a lo dispuesto en la cláusula 20.3 de las condiciones generales del PCAP, a la Disposición adicional decimoquinta de la LCSP y al artículo 43.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPA). Además, el poder adjudicador ha procedido a remitir dicha propuesta por correo postal certificado, lo cual no tiene un efecto invalidante del procedimiento. Debe



tenerse en cuenta que la finalidad de la notificación consiste, cualesquiera que puedan ser sus defectos, en permitir al recurrente tener el conocimiento necesario del acto dictado con el fin de poder presentar, en su caso, un recurso debidamente fundado y evitar así su indefensión (ver, por ejemplo, la Resolución del OARC/KEAO 80/2019). En el presente caso, consta que la recurrente ha tenido acceso al informe técnico que fundamenta el acto impugnado y expone ampliamente las razones de su oposición al mismo. Consecuentemente, ha podido elaborarse un recurso suficientemente fundado, por lo que esta alegación debe desestimarse.

c) Sobre la falta de motivación de la puntuación en los criterios de adjudicación

BPXPORT impugna la valoración otorgada en el informe técnico, tanto a ella como a la UTE, en varios de los criterios de adjudicación. A este respecto, es relevante la siguiente información, que consta en el expediente:

PCAP

Cláusula 14.1 **CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN**

A) Criterios evaluables mediante fórmulas:

(...)

2.- Aplicación de sistemas de gestión de certificados (calidad, mejora ambiental, seguridad y salud, calidad lingüística, etcétera) en la ejecución de los servicios objeto del presente contrato: 1 punto por CADA CERTIFICADO PRESENTADO PARA LA ACREDITACIÓN DE DICHOS SISTEMAS hasta un máximo de 3 puntos.

B) Criterios no evaluables mediante cifras o porcentajes

(...)

d). - Plan de acción encaminado a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres a realizar el tiempo que dure la adjudicación. De 0 a 3 puntos.

En síntesis, las alegaciones de la impugnación que deben ser valoradas por este OARC / KEAO se refieren a la supuesta incorrección de la aplicación de los criterios de adjudicación tanto automáticos como de apreciación subjetiva.

En lo que al criterio de carácter automático Sistemas de gestión de certificados se refiere, la recurrente incurre en error al afirmar que se han otorgado más puntos



a la adjudicataria que a ella misma, pues a la vista del expediente se observa que ambos licitadores han obtenido tres puntos. A partir de aquí, y dado que es plenamente legal que dichos certificados, en el caso de las UTEs, puedan ser aportados por uno de sus componentes a efectos de valoración de los criterios de adjudicación, debe recordarse que este Órgano ha señalado (ver, por todas, las Resoluciones 34/2018 y 143/2018) que, a diferencia de los criterios sujetos a un juicio de valor, que se caracterizan por su carácter discrecional, lo que obliga a su motivación con la finalidad de proceder a un control adecuado de los mismos en orden a evitar la arbitrariedad (artículos 35.1.i) de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común y 151 de la LCSP), los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmula se caracterizan por su automatismo, pues de la mera aplicación de la fórmula se obtiene el resultado de la ponderación. A este respecto, para el cumplimiento del requisito de la motivación en la aplicación de un criterio de adjudicación de evaluación automática es suficiente con que al licitador le consten la existencia de dichos sistemas de gestión, lo que sin duda sucede en este caso, en el que el recurrente ha examinado el expediente de forma previa a la interposición del presente recurso y ha reconocido su existencia. Por ello, la obtención de tres puntos por cada licitador es ajustada a derecho.

En lo que al criterio secundario de adjudicación subjetivo relativo al Plan de Acción encaminado a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres se refiere, este Órgano Resolutorio considera que, en términos globales, el poder adjudicador ha hecho un uso correcto de la discrecionalidad técnica con un informe técnico, conocido por el recurrente, que sustenta adecuadamente la motivación del acto impugnado. Frente a ello, el recurrente no acredita que se haya incurrido en infracción de ningún principio básico de la LCSP; en especial, no se ha probado que la valoración se haya producido en perjuicio de la igualdad de trato ni que la evaluación no haya respetado el contenido de los criterios de adjudicación previamente fijados.

En este sentido, se observa que la recurrente basa su discrepancia en que ella, a diferencia de la adjudicataria, está reconocida por Emakunde como Entidad



Colaboradora para la igualdad de mujeres y hombres, por lo que la puntuación está injustificada. Al respecto debe señalarse que el criterio secundario cuya valoración se denuncia forma parte del criterio principal “Estudio Técnico del Plan Básico y memoria descriptiva del servicio a prestar” y en el informe se indica que las actuaciones concretas propuestas por la UTE UGAO Kirolak superan a las de BPXport por extenderse al ámbito de la conciliación y prevención del acoso. Por otro lado, también se indica que la propuesta de la adjudicataria implica un mayor compromiso por proponer su implicación con el IV Plan para la Igualdad de Hombres y Mujeres del municipio y contribuir al logro de sus objetivos. Este Órgano considera que estos razonamientos son de la suficiente entidad como para justificar la diferencia de puntuación atribuida, sin que pueda pretenderse por parte de la parte recurrente que el reconocimiento otorgado por Emakunde implique *per se* la obtención de la máxima puntuación, pues lo que el criterio valora es el Plan de Acción concreto que para este contrato se propone. En consecuencia, procede la desestimación de este motivo impugnatorio

d) Conclusión

La desestimación de los motivos impugnatorios anteriores conduce a la desestimación íntegra del recurso.

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 BPXPORT XXI, S.L.U. contra la adjudicación del contrato de “Concesión de los servicios para la gestión, explotación, y conservación del servicio público de las instalaciones deportivas de El Jaro y las piscinas descubiertas de Arandia”, y tramitado por el Ayuntamiento de Ugao-Miraballes.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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

Vitoria-Gasteiz, 2021eko urtarrilaren 29a

Vitoria-Gasteiz, 29 de enero de 2021