



EB 2019/033

Resolución 066/2019, de 3 de abril, 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 mercantil EMTESPORT, S.L. frente al acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de Gestión de los Servicios Deportivos de los Polideportivos Municipales de Leioa”, tramitado por el Ayuntamiento de Leioa.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 11 de febrero de 2019, 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 mercantil EMTESPORT, S.L. (en adelante, EMTESPORT) frente al acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de Gestión de los Servicios Deportivos de los Polideportivos Municipales de Leioa”, tramitado por el Ayuntamiento de Leioa.

SEGUNDO: El día 12 de febrero se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente 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). Dicha documentación se recibió en el registro del OARC / KEAO entre los días 12 y 18 de febrero.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 14 de febrero, se han recibido el 21 del mismo mes las alegaciones de GUEDAN SERVICIOS DEPORTIVOS, S.A. (en adelante, GUEDAN), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta la legitimación de la recurrente, así como la representación de doña M.S.R., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, 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

Conforme al art. 44.2.c) de la LCSP son impugnables los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Leioa tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Argumentos del recurso

El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

- a) Se vulnera el principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores en la valoración de los criterios evaluables de forma automática, ya que la interpretación dada al criterio de mejoras por el poder adjudicador a través de la nota aclaratoria nº 2 es arbitraria y discriminatoria por admitir únicamente los certificados oficiales emitidos por entidad pública.
- b) La configuración en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) de la tenencia de certificados de calidad lingüística como criterio de valoración y no como solvencia, supone un vicio de nulidad.
- c) Finalmente, solicita que se anule la resolución de adjudicación con retroacción de actuaciones para que se efectúe una nueva valoración aceptando el certificado en calidad lingüística presentado por EMTESPORT y, subsidiariamente, se declare la nulidad del criterio de valoración impugnado (mejoras).

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso, fundamentalmente, por dos razones: la primera, porque la nota aclaratoria nº 2 relativa al tipo de certificado acreditativo de la calidad lingüística es clara y tajante en admitir únicamente los certificados emitidos por entidades públicas y, por tanto, oficiales. Si a la recurrente la respuesta dada le pareció ambigua o discriminatoria tuvo la oportunidad de recurrir los pliegos y no lo hizo, al contrario presentó su oferta; la segunda, porque el criterio de valoración relativo al certificado de calidad lingüística sí se encuentra vinculado con el objeto del contrato al consistir este en un servicio de gestión de los servicios deportivos de los polideportivos con



atención directa con los usuarios/ciudadanos, por lo que no puede achacársele vicio de nulidad.

OCTAVO: Alegaciones GUEDAN

La adjudicataria impugnada considera que el criterio recurrido no es discriminatorio ni incurre en oscuridad. Además, la presentación de oferta implica la aceptación incondicional de los pliegos y de la información adicional facilitada por el poder adjudicador. Finalmente, se solicita la desestimación íntegra del recurso.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación que, por no haber sido impugnados en tiempo y forma, vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación.

La recurrente considera que la Cláusula 10.2 del PCAP apartado b), "Mejoras", relativa a los criterios evaluables de forma automática, se ha aplicado incorrectamente. A continuación, se expresan las apreciaciones de este Órgano sobre esta cuestión.

a) Sobre la aclaración de la Cláusula 10.2 del PCAP

El 13 de marzo de 2018 se publicaron en el perfil de contratante el PCAP y el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) del contrato que nos ocupa. La Cláusula 10.2 del PCAP, relativa a los criterios evaluables de forma automática, establece dentro de su apartado b), "Mejoras", el siguiente criterio de adjudicación secundario:

Por la disposición de certificados en calidad lingüística. 2,5 puntos por cada certificado. Hasta 2,5 puntos.



Con fecha 9 de mayo de 2018 se publicó en relación con dicho criterio de adjudicación, en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Leioa, la "Nota aclaratoria nº2" que, entre otras, daba la siguiente respuesta a una cuestión relativa a la disposición de certificados en calidad lingüística:

1. En relación a los criterios evaluables de forma automática se pide la disposición de certificados en calidad lingüística. Indica 2,5 puntos para cada certificado.

Duda 1.1: ¿dichos certificados deben estar expedidos por un organismo en concreto (p.ej. certificado BIKAIN, otros certificados expedidos por parte del Gobierno Vasco, etc) o pueden ser certificados por otras entidades privadas? **Entidades Públicas. Certificados Oficiales**¹.

Pues bien, de la simple lectura de la "aclaración" se desprende que el contenido de la nota no se limita a esclarecer las dudas manifestadas por los licitadores, sino que establece unas reglas no reflejadas con anterioridad en el pliego. En concreto, limita los certificados a que sean oficiales y expedidos por entidades públicas, cuando de la dicción literal del criterio de adjudicación no se desprende tal conclusión; se indica que se valorarán certificados en calidad lingüística. De este modo, se limita el tipo de certificados en calidad lingüística a la hora de proceder a la valoración de las ofertas, lo que supone una mayor restricción del criterio que resulta sustancial, hasta el punto de que los certificados emitidos por entidades privadas no serán puntuados.

Se trata, pues, una modificación de las bases de la licitación y no una simple interpretación o aclaración, lo que supone una infracción del principio de transparencia que implica que 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 (sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, asunto C-496/99 P, apartados 109 a 111, ECLI:EU:C:2004:236) 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 a lo largo de todo el

¹ En rojo en el original



procedimiento 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. Esta obligación de transparencia (i) recae sobre el poder adjudicador, (ii) es un instrumento para que éste asegure el respeto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación para conseguir la apertura a la competencia y el control de la imparcialidad del procedimiento de adjudicación y (iii) garantiza una publicidad adecuada a los potenciales licitadores, que son sus beneficiarios (véase en este sentido las sentencias del TJUE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, ECLI: ECLI:EU:C:2000:669, apartados 61 y 62, y de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, ECLI: ECLI:EU:C:2005:605, apartado 49, así como la Resolución 68/2018 del OARC / KEAO). De acuerdo con ello, los artículos 122.1 y 124 de la LCSP exigen que las modificaciones de los pliegos posteriores a su aprobación por razones diferentes al mero error material, de hecho o aritmético, conlleven la retroacción de actuaciones.

En el presente caso, se han modificado condiciones esenciales de la licitación (criterio de valoración) sin la debida publicidad (DOUE), conculcándose los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia a las licitaciones y de igualdad de trato, además de lo dispuesto en los artículos 122.1 y 124 de la LCSP, por lo que el mero transcurso del tiempo sin haber actuado contra la supuesta aclaración, que en realidad disfraza una modificación de los pliegos, no puede ser opuesto a la recurrente, quien confía en que una alteración de las reglas de la adjudicación del contrato se va a sujetar al procedimiento legalmente establecido y al mismo grado de publicidad que se le ha dado al documento inicial, por lo que no puede entenderse que la recurrente haya consentido la modificación. Además, debe tenerse en cuenta que una situación como la descrita, en la que se obvia la publicidad adecuada, es susceptible de crear desigualdad entre los licitadores a la hora de preparar sus ofertas y desigualdad de trato durante el proceso de valoración de las mismas.



Por tanto, debe concluirse que una actuación como la efectuada por el poder adjudicador resulta contraria al principio de transparencia y al de seguridad jurídica lo cual supone que la valoración del certificado de calidad lingüística efectuada conforme a la modificación irregular efectuada con posterioridad a la aprobación de los pliegos ha de anularse, debiéndose retrotraer las actuaciones para la realización de una nueva valoración del certificado de calidad lingüística aportado conforme a la dicción inicial del criterio de adjudicación.

b) Conclusión

Expuesto todo lo anterior, debe estimarse la pretensión de anulación de la adjudicación en favor de GUEDAN, con retroacción de las actuaciones para la valoración del certificado de calidad lingüística aportado por EMTESPORT, ya que la modificación irregular del criterio de adjudicación no puede ser opuesta a la recurrente. Asimismo, satisfecha en parte la pretensión principal de la recurrente, se hace innecesario pronunciarse sobre la subsidiaria. En el supuesto que nos ocupa la retroacción es posible porque nos hallamos ante un criterio de adjudicación de apreciación automática.

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 parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil EMTESPORT, S.L. frente al acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de Gestión de los Servicios Deportivos de los



Polideportivos Municipales de Leioa”, tramitado por el Ayuntamiento de Leioa, anulando el acuerdo de adjudicación, y ordenando la retroacción de las actuaciones hasta el momento de valoración de las ofertas conforme a los criterios cuantificables por fórmula, con inclusión del criterio de calidad lingüística aportado por la recurrente.

SEGUNDO: Levantar la suspensión de la ejecución del acto impugnado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a 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 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko apirilaren 3a

Vitoria-Gasteiz, 3 de abril de 2019