



EB 2023/002

Resolución 067/2023, de 19 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 GUEDAN SERVICIOS DEPORTIVOS, S.A. contra la formalización y el acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de gestión integral de instalaciones deportivas”, tramitado por el Ayuntamiento de Gorliz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 2 de enero de 2023 se presentó 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 GUEDAN SERVICIOS DEPORTIVOS, S.A. (en adelante GUEDAN o la recurrente) contra la formalización y el acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de gestión integral de instalaciones deportivas”, tramitado por el Ayuntamiento de Gorliz.

SEGUNDO: El mismo día 2 de enero se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, 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 el día 4 del mismo mes.





TERCERO: Trasladado el recurso al resto de interesados el 5 de enero, no se ha recibido alegación alguna.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de O.Z.H.

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 servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El recurso se interpone contra (i) la formalización del contrato por incumplimiento del plazo de espera legalmente establecido entre la adjudicación y la formalización y (ii) el acuerdo de adjudicación.

Según el artículo 44.2 c) de la LCSP, los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso. El recurrente alega lo establecido en la letra d) del artículo 39.2 de la LCSP, que considera como causa de nulidad administrativa del contrato “La inobservancia por parte del órgano de contratación del plazo para la formalización del contrato siempre que concurren los dos siguientes requisitos:

- 1.º Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer recurso contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación y,
- 2.º Que, además, concorra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener esta.



Del análisis del expediente y del propio reconocimiento del poder adjudicador se desprende que la recurrente se ha visto desposeída de la posibilidad de interponer recurso especial contra la adjudicación del contrato, que se produjo el 28 de noviembre, pero no se notificó y publicó hasta el 15 de diciembre, fecha en la que el contrato de encontraba formalizado e inscrito en el Registro de Contratos. Resulta indubitado, por tanto, que no se ha respetado el plazo de espera del artículo 153.3 de la LCSP, privando del efecto útil a la interposición del recurso especial contra la referida adjudicación, y sin que pueda aceptarse la alegación del poder adjudicador de que la mercantil tuvo la posibilidad de interponer recurso especial contra la propuesta de adjudicación del contrato publicada el 18 de agosto, pues este Órgano ha manifestado reiteradamente que las propuestas de adjudicación no son actos impugnables (ver, por ejemplo, la resolución 28/2023).

Una vez constatado la concurrencia del primero de los dos requisitos exigidos por el artículo 39.2 de la LCSP, ha de verificarse el cumplimiento del segundo, es decir, que en el procedimiento de licitación se haya cometido alguna infracción de los preceptos de la LCSP que hayan impedido a GUEDAN la obtención del contrato. Este segundo requisito requiere el análisis de fondo del recurso presentado que se realizará seguidamente y de cuya resolución dependerá, en su caso, la declaración de nulidad del contrato formalizado.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con lo expuesto en el Fundamento jurídico Tercero anterior, es de aplicación a la interposición del recurso el plazo de treinta días a contar desde la publicación de la formalización del contrato establecido en el artículo 50.2 a) de la LCSP; consecuentemente, el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.



QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

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

SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes motivos:

- a) El acuerdo de adjudicación es contrario a derecho y debe ser anulado porque infringe los principios por los que se rige la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor.
- b) La valoración de dichos criterios se ha basado en un informe elaborado por la empresa “LOC Consultoría de contratación pública” que no lleva fecha ni firma ni se explica en el expediente la cualificación profesional de la propia entidad para la valoración de las ofertas técnicas. Por ello, si el informe no se emite por persona cualificada no es posible atribuirle ningún acierto en la valoración de las ofertas o en su calificación y puntuación de las mismas.
- c) Existe error en la valoración de las ofertas. En concreto,
 - En el apartado 1. Proyecto técnico de actividades y modelo de servicio deportivo (14 puntos máximo) se dice que la oferta de GUEDAN no propone una aplicación móvil para los usuarios que sí propone la empresa mejor valorada, cuando lo cierto es que GUEDAN sí incluyó una aplicación móvil para los usuarios en su oferta, concretamente, para el servicio TRAININGYM.
 - En el apartado 4. Eficiencia energética y medioambiental (6 puntos máximo) al contrario de lo indicado en el informe técnico, la recurrente ha detallado un plan medioambiental con medidas concretas, cumpliendo estrictamente con lo exigido en el pliego e incluyendo un presupuesto



definido, por lo que el informe vuelve a incurrir en error o en un claro incumplimiento del propio criterio de adjudicación.

d) La apreciación correcta, no errónea, de los referidos criterios de adjudicación habría llevado a una valoración necesariamente superior de la oferta de GUEDAN que hubiera conllevado la obtención del contrato en disputa, dada la mínima diferencia de 0,93 puntos existente con la oferta de la adjudicataria.

e) Finalmente, solicita que se declare la nulidad de pleno derecho del contrato formalizado y se anule el acuerdo de adjudicación, ordenando la liquidación del contrato nulo y la cancelación de la licitación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso, resumidamente por las siguientes razones:

a) El informe técnico presentado por la empresa “LOC Consultoría en Contratación Pública” se encuentra debidamente firmado, a fecha de 4 de agosto de 2022, mediante firma electrónica y fue llevado a la mesa de contratación para su valoración. Sin embargo, a la hora de publicarlo en la Plataforma se utilizó un resumen no firmado para poder respetar la confidencialidad alegada por las licitadoras en sus ofertas. Respecto a la no acreditación de la cualificación necesaria para su elaboración alegada por la recurrente, conviene recordar que la empresa informante está constituida por un “equipo de personas letradas y técnicas especialistas en contratación pública”.

b) Respecto a la alegación de un error en el informe relativo a la no presentación de una aplicación móvil en la propuesta de GUEDAN, hay que indicar que efectivamente existe un error en la valoración, pues la recurrente sí mencionó dicha aplicación móvil.



c) Con relación al error en el apartado de eficiencia energética y medioambiental, ha de decirse que, aun no siendo demasiada explícita la motivación de la valoración, no existe el error achacado.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurso se fundamenta en supuestos errores cometidos en el informe de valoración técnico a la hora de evaluar la propuesta de GUEDAN en los criterios discrecionales. A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre todo ello.

a) Sobre la incorrecta aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor

A juicio de este Órgano, el motivo impugnatorio ha de ser estimado por las siguientes razones:

- 1) Concretamente, y en lo que al criterio de adjudicación 1. Proyecto técnico de actividades y modelo de servicio deportivo (14 puntos máximo) se refiere, la recurrente alega que, mientras el informe técnico destaca como una debilidad de su oferta la “inexistencia de una aplicación móvil para usuarios/as que sí propone la empresa mejor valorada”, sí incluyó en su oferta el servicio TRAININGYM que funciona con APP móvil tanto en IOS como en Android. Esta circunstancia, reconocida por el propio Ayuntamiento en su escrito de contestación al recurso, implica la existencia indubitada de un error manifiesto en la valoración de la oferta de la recurrente al apoyarse, al menos en parte, sobre una base fáctica errónea, lo que constituye una infracción a los límites impuestos al ejercicio de la discrecionalidad técnica (ver, por ejemplo, las Resoluciones 71/2016 y 72/2017 del OARC / KEAO). Ha de tenerse en cuenta que dicho error ha tenido forzosamente un reflejo en la puntuación de la oferta ya que, si este dato hubiera sido irrelevante, no hubiera formado parte de la motivación.



- 2) Por otro lado, es doctrina reiterada (por todas, ver la Resolución 051/2014) que este Órgano no puede sustituir al poder adjudicador en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicios de carácter técnico, tarea en la que dispone del margen de apreciación que le concede la discrecionalidad técnica, cuyo ejercicio puede llevar a varios resultados distintos, todos ellos legítimos. Este margen está fuera del control jurídico del OARC / KEAO, siempre que exista motivación suficiente y se ejerza dentro de los cauces que lo limitan (en especial, que el uso no sea arbitrario, el respeto al fondo parcialmente reglado fijado por los Pliegos y al procedimiento aplicable y la adecuación a los principios generales, sobre todo igualdad de trato y no discriminación). Excepcionalmente, este OARC/KEAO (ver, las Resoluciones 68/2014 y 65/2017) ha matizado esa inmunidad al control de legalidad cuando a la vista de la motivación precisa de las reglas de valoración utilizadas, y una vez eliminado el elemento antijurídico (por ejemplo, un error en la base fáctica de la evaluación), la discrecionalidad técnica es tan reducida que no queda ya margen de elección alguno, de forma que el OARC/KEAO podría decidir de forma unívoca la puntuación a otorgar. Sin embargo, este hecho no se produce en el presente supuesto, pues el informe técnico no explicita el método de valoración aplicado, ni es suficientemente detallado en el desglose de las puntuaciones otorgadas y su relación con el contenido de la oferta, de modo que este Órgano no puede deducir inequívocamente qué puntuación corresponde a la recurrente una vez eliminado el error.
- 3) A la vista de la irregularidad detectada, procede la anulación del acto de adjudicación impugnado, haciendo innecesario el análisis de resto de alegaciones. La consecuencia de la anulación sería, en principio, la retroacción de actuaciones para efectuar una evaluación correcta de los criterios de adjudicación. No obstante, tal opción no es posible porque ya no cabe la valoración separada de los criterios sujetos a juicio de valor y de los aplicados mediante una fórmula, por lo que debe cancelarse la licitación.



b) Sobre la nulidad del contrato formalizado

Por su parte, ha de señalarse que la infracción cometida y la consecuencia que lleva aparejada (la cancelación de la licitación) han impedido a la recurrente acceder a la adjudicación del contrato. Esta circunstancia, junto con el incumplimiento del plazo de espera del artículo 153.3 de la LCSP ya acreditado, trae como consecuencia la nulidad de derecho administrativo del contrato formalizado con la entidad EMTESPORT, S.L., en aplicación de lo dispuesto en el artículo 39.2 d) de la LCSP y con los efectos que regula el artículo 42.1 de la misma Ley.

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:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar íntegramente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil GUEDAN SERVICIOS DEPORTIVOS, S.A. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de gestión integral de instalaciones deportivas”, declarando la nulidad del contrato en los términos expuestos en la letra b) del fundamento jurídico octavo.

SEGUNDO: Notificar esta resolución a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que informe a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.



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, 2023ko apirilaren 19a

Vitoria-Gasteiz, 19 de abril de 2023