



EB 2023/208

Resolución 068/2024, de 10 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 BPXPORT XXI, S.L.U., contra la adjudicación del contrato de “Servicios deportivos en las instalaciones deportivas del Derioko Udal Kiroldgia, incluyendo actividades deportivas, control de accesos, administración y socorrismo, tanto en el polideportivo como en las piscinas de verano”, tramitado por el Ayuntamiento de Derio.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 2 de noviembre de 2023, la empresa BPXPORT XXI, S.L.U. (en adelante BPXPORT), interpuso 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) un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de “Servicios deportivos en las instalaciones deportivas del Derioko Udal Kiroldgia, incluyendo actividades deportivas, control de accesos, administración y socorrismo, tanto en el polideportivo como en las piscinas de verano”, tramitado por el Ayuntamiento de Derio.

SEGUNDO: El día 3 de noviembre 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). La documentación se recibió el 7 de noviembre.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 17 de noviembre, se han presentado alegaciones por EBONE SERVICIOS EDUCACION DEPORTE, S.L. (en adelante EBONE) con fecha 22 de noviembre de 2023.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de B.B.P., que actúa en nombre y representación de BPXPORT, S.L.U.

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 actos 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 Derio 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

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

- a) BPXPORT interpuso anteriormente un recurso especial contra la adjudicación de este mismo contrato que fue estimado por la Resolución 136/2023 del OARC / KEAO por considerar que la valoración que efectuaba el Ayuntamiento carecía de motivación y anulando el acto impugnado acordaba retrotraer las actuaciones al momento de la valoración de las ofertas e imponía la obligación de motivar la valoración final, en particular el aspecto referido al Plan de formación: herramientas disponibles.
- b) Realizada la retroacción, el Ayuntamiento ha valorado nuevamente con la puntuación máxima (5 puntos) la oferta de la UTE EBONE – JASO KIROLAK, a pesar de que solamente ha obtenido una evaluación de “Muy buena” en uno de los dos conceptos analizados por los técnicos y de “Buena” en el otro concepto, sin que se pueda deducir del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) que uno de los conceptos a valorar tenga más importancia que el otro, por lo que se introduce un criterio “*ex novo*” desconocido por los licitadores. Además, este no ha sido el criterio seguido en la valoración de otros criterios de adjudicación, como el 3, donde ante una valoración desglosada de “Muy buena” y “Buena”, no se ha asignado la puntuación total del criterio (5 puntos), sino una inferior (3,75 puntos).
- c) Finalmente, solicita la anulación del acuerdo impugnado y que se retrotraigan las actuaciones para que se efectúe una nueva valoración de las ofertas técnicas.

SÉPTIMO: Alegaciones de EBONE

EBONE, adjudicatario impugnado, se opone al recurso con los siguientes argumentos:



a) En la justificación que aporta el Ayuntamiento del apartado “Planes de formación y euskaldunización”, que se valora en su conjunto, en el subapartado de “Plan de formación”, donde la oferta de EBONE se valora como “Bueno”, se detallan más aspectos que en la valoración de la propuesta de la empresa BPXPORT, que compensan la diferencia que pudiera haber en el subapartado de Euskaldunización. Además, en la valoración se contempla que no todos los subpuntos / subcriterios tienen el mismo peso, y si bien algunos pueden coincidir en ser muy buenos, o buenos, dentro de estas mismas calificaciones pueden existir diferencias.

b) En el expediente consta correctamente motivada y fundamentada la motivación y el principio de discrecionalidad técnica ampara al Ayuntamiento.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

Las alegaciones del poder adjudicador son las que a continuación se resumen:

a) La Resolución del OARC / KEAO declaró que la valoración efectuada carecía de motivación y anulando el acto impugnado acordaba la retroacción de actuaciones al momento de la valoración de las ofertas e imponía la obligación de motivar la valoración final. En este sentido, el nuevo informe de valoración profundiza en la justificación de las valoraciones, emitiendo un juicio sobre las mismas y exponiendo los argumentos que motivan la puntuación.

b) El recurso de BPXPORT hace hincapié, no en los argumentos que dan base a las puntuaciones, sino en que se ha mantenido la puntuación máxima de 5 puntos. Sin embargo, el técnico al reformular su informe se ha limitado a cumplir con lo resuelto por el OARC / KEAO.



NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La pretensión de la recurrente de anulación de la adjudicación del contrato y retroacción de actuaciones para que se efectúe una nueva valoración debe partir de lo dispuesto en la Resolución 136/2023, de este OARC / KEAO, cuyo apartado dispositivo primero acordaba:

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil BPXport XXI, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio deportivos en las instalaciones DUK, incluyendo actividades deportivas, control de accesos, administración y socorrismo en el polideportivo y las piscinas de verano”, tramitado por el Ayuntamiento de Derio, de forma que debe anularse el acuerdo de adjudicación y retrotraerse las actuaciones en los términos expresados en la letra c) del Fundamento jurídico noveno.

Por su parte, el Fundamento Jurídico Noveno c) decía

C Conclusión

La estimación del recurso conlleva la anulación del acto impugnado. La consecuencia de la anulación es la retroacción de actuaciones para motivar adecuadamente las puntuaciones otorgadas a los licitadores en los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor (ver los artículos 48.2 y 119.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común). No obstante, dicha evaluación deberá respetar (i) los aspectos de las ofertas ya seleccionados como relevantes cuando así ha ocurrido y en los casos en los que no, reflejarlos en el informe y (ii) la puntuación ya otorgada a cada oferta, limitándose únicamente a expresar los juicios de valor que, en coherencia con ambas cuestiones, conducen al resultado final.

Asimismo, son relevantes para la resolución de la cuestión planteada la documentación que debían presentar los licitadores, así como la literalidad del criterio de adjudicación y la del método de valoración que se consigna en el PCAP y cuya aplicación reclama el recurrente



N) DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR
- ARCHIVO ELECTRÓNICO nº 1: "DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA" Documento Europeo Único de Contratación (DEUC). El formulario normalizado del DEUC se puede descargar en http://www.base.gov.pt/deucp/filter?lang=es - ARCHIVO ELECTRONICO Nº 2: "DOCUMENTACIÓN A VALORAR CONFORME A CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR" La oferta técnica consistirá en <u>MEMORIA DE GESTIÓN DE SERVICIOS Y METODOLOGÍA GENERAL</u> La Memoria de gestión deberá incluir los siguientes apartados, y a cada uno de ellos se le asignará una puntuación máxima en función de los criterios que se determinen en cada apartado: 1. Aspectos organizativos 2. Medios para la medición de la satisfacción de las personas usuarias 3. Recursos que el licitador proponga orientados a mejorar la divulgación de las actividades y servicios del DUK 4. Planes de formación y euskaldunización 5. Establecimiento de medidas para la igualdad (No excederá las 20 páginas tamaño DIN-A4, letra Arial o similar, tamaño 12, espaciado e interlineado sencillo. En el supuesto de que se supere la extensión permitida únicamente se valorarán las primeras 20 páginas)
R) CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN
1.- CRITERIOS CUYA PONDERACIÓN DEPENDE DE UN JUICIO DE VALOR (Hasta 40 puntos) MEMORIA DE GESTIÓN DE SERVICIOS Y METODOLOGÍA GENERAL: 40 PTOS. Se valorará con 40 puntos la oferta del licitador referida a la memoria explicativa de gestión de los servicios y metodología general en la que se exponga con detalle y precisión la forma en que se desarrollará y ejecutará dicho servicio. La memoria deberá estar contenida en un máximo de 20 páginas, todo lo que exceda de ese límite no será objeto de valoración. La Memoria de gestión deberá incluir los siguientes apartados, y a cada uno de ellos se le asignará una puntuación máxima en función de los criterios que se determinen en cada apartado: 1. Aspectos organizativos (Hasta 20 puntos): dirección, organización del personal, calendarios, asignación de turnos, coordinación, plan de gestión de sustituciones del personal, etc.. 2. Medios para la medición de la satisfacción de las personas usuarias (hasta 5 puntos): nº de encuestas, métodos de obtención de datos, etc.. 3. Recursos que el licitador proponga orientados a mejorar la divulgación de las actividades y servicios del DUK (Hasta 5 puntos): originalidad, periodicidad, impacto, estética. 4. Planes de formación y euskaldunización (Hasta 5 puntos): formación técnica del personal, normalización del uso del euskera. . 5. Establecimiento de medidas para la igualdad (Hasta 5 puntos): calidad, implantación y desarrollo de la integración de la perspectiva de género.. Se valorará la coherencia de la propuesta y claridad, precisión y grado de concreción con que se describe la misma. La distribución de la puntuación se hará de manera proporcional en todos los aspectos de valoración enunciados, atribuyéndole la calificación de: • Muy buena: cuando se realice un estudio detallado del aspecto en cuestión y se propongan medidas de actuación adecuadas, precisas, bien definidas y/o innovadoras – Puntuación máxima. • Buena: cuando el estudio y propuesta en relación con el elemento a valorar sea detallado y se propongan algunas medidas de actuación precisas y/o innovadoras – 75% de la puntuación máxima. • Regular: cuando se limite a un simple estudio del servicio y/o se realicen aportaciones escasas y poco precisas – 50% de la puntuación máxima. • Deficiente: cuando se mejoren muy escasamente los aspectos a valorar por encima de los mínimos exigidos en la documentación técnica que defina el objeto del contrato – 25% de la puntuación máxima. • Muy deficiente: cuando no se presenten los contenidos establecidos como contenidos mínimos – Sin puntuación.



Teniendo en cuenta lo antecedente, las alegaciones de las partes y la documentación que consta en el expediente de contratación las consideraciones del OARC / KEAO sobre las cuestiones planteadas son las siguientes:

a) Sobre la ejecución de la Resolución 136/2023

La Resolución 136/2023 del OARC / KEAO imponía al poder adjudicador la obligación de motivar adecuadamente las puntuaciones otorgadas a los licitadores en los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor en el marco del respeto a: (i) los aspectos de las ofertas ya seleccionados como relevantes cuando así ha ocurrido y en los casos en los que no, reflejarlos en el informe y (ii) la puntuación ya otorgada a cada oferta, limitándose únicamente a expresar los juicios de valor que, en coherencia con ambas cuestiones, conducen al resultado final.

El poder adjudicador ha ejecutado la Resolución 136/2023 en los términos especificados, lo que le impedía modificar la puntuación inicialmente asignada a las ofertas. Ahora bien, ello no implica que, a la vista de la motivación aportada en ejecución de la Resolución, el recurrente no pueda impugnar la valoración efectuada sobre la base de la justificación que soporta la nueva adjudicación ni que este Órgano no pueda entrar a analizar si el poder adjudicador ha hecho un uso correcto de la discrecionalidad técnica que le asiste en el momento de la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor. Precisamente, esta es la función de la motivación y su ausencia la razón por la que se estimó el recurso contra la primera adjudicación del contrato.

b) Sobre la motivación sobre la que se sustenta la nueva adjudicación

Las alegaciones que efectúa la recurrente sobre la infracción de los límites que constriñen el ejercicio correcto de la discrecionalidad técnica a juicio de este Órgano deben ser aceptadas por las siguientes razones.



- 1) Si bien no es obligatorio que los pliegos que rigen la licitación establezcan el método que vaya a emplearse para la valoración de las ofertas (STJUE de 14/7/2016, C-6/15, ECLI:EU:C:2016:555), este Órgano ha señalado con anterioridad (ver en este sentido la Resolución 111/2021) que, si el órgano de contratación ha optado, como en los pliegos que nos ocupan, por fijar dicho método, su cumplimiento es parte del fondo reglado que limita la discrecionalidad técnica que le ampara para evaluar las ofertas, siendo su contenido vinculante para el órgano de contratación y para los licitadores, como es propio de las cláusulas de los pliegos que han alcanzado firmeza por no haber sido impugnadas en tiempo y forma

- 2) La forma en la que están configurados los criterios de adjudicación cuya ponderación depende de un juicio de valor en el PCAP consiste en establecer unos “aspectos” a valorar por cada uno los apartados que debe contener la “Memoria de gestión de servicios y metodología general” que se debe incorporar al archivo electrónico nº 2 de la oferta (apartado N de la carátula del PCAP) y la valoración de dichos “aspectos” se realiza conforme a una escala que va de “Muy deficiente” a “Muy buena”, pasando por “Deficiente”, “Regular” y “Buena”. Por consiguiente, la valoración de cada uno de los “aspectos” de los diversos apartados de la oferta incorporada en el archivo electrónico nº 2 (“1. Aspectos organizativos”, “2. Medios para la medición de la satisfacción de las personas usuarias”, “3. Recursos que el licitador proponga orientados a mejorar la divulgación de las actividades y servicios del DUK”, “4. Planes de formación y euskaldunización” y “5. Establecimiento de medidas para la igualdad”) ha de serlo conforme a la escala señalada, siendo relevante a los efectos de esta Resolución la correlación unívoca y automática entre la inclusión de la valoración de cada aspecto en una de las categorías y la atribución de unos determinados puntos.

- 3) La oferta de la adjudicataria en el apartado “4. Planes de formación y euskaldunización” es calificada globalmente como “Muy buena” y recibe el máximo de los puntos posibles (5 puntos). No obstante, uno de los dos aspectos parciales que son objeto de valoración, el referente a “formación



técnica del personal” recibe la calificación de “Buena” lo que supone, según la metodología de valoración consignada en el PCAP, que la puntuación a asignar a la oferta en dicho subapartado deba ser del 75 % de la valoración máxima, por lo que la valoración global en ningún caso podría alcanzar los 5 puntos.

- 4) La conclusión del apartado 3) anterior no se ve enervada por el argumento del poder adjudicador de que ha dado más importancia al apartado de formación, porque aceptarlo sería ir en contra de lo dispuesto en las bases de la licitación que establecen una puntuación concreta y determinada asociada a cada calificación de la escala.

c) Conclusión

La estimación del recurso implica la anulación de la adjudicación y la retroacción de actuaciones. Es doctrina reiterada (por todas, ver la Resolución 165/2020) que este Órgano no puede sustituir a la entidad adjudicadora en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, 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). Sin embargo, esta inmunidad al control de legalidad debe ser matizada, pues puede resultar que, una vez depurado el acto de sus elementos ilegales y a la vista de su motivación, la discrecionalidad técnica quede tan reducida que no le quede ya a la entidad adjudicadora margen de elección alguno (ver, en este sentido la Resolución 34/2022 de este OARC / KEAO).

En el supuesto que nos ocupa, para determinar cuáles son las consecuencias de la anulación de la adjudicación debido a la incorrecta valoración de un criterio



de adjudicación discrecional se deben tomar en consideración las siguientes circunstancias: (i) a uno de los dos aspectos a valorar en el apartado “4. Planes de formación y euskaldunización”, al estar calificado de “Bueno”, se le debe asignar el 75 % de los 5 puntos máximos del criterio (3,75 puntos) y en el segundo la máxima puntuación (5 puntos), siendo la puntuación total, calculada de forma proporcional tal y como se establece en la cláusula R) de la carátula, de 4,375 puntos, (ii) como consecuencia de la aplicación del resto de criterios de adjudicación la oferta de EBONE finalizaría con un total de 92,335 puntos, inferiores a los 92,59 puntos con los que ha sido ponderada la de BPXPORT, (iii) la consecuencia de lo señalado en los apartados (i) y (ii) anteriores es que el procedimiento debe retrotraerse de acuerdo con lo previsto en el artículo 150.4 de la LCSP

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 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 el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por la mercantil BPXPORT XXI, S.L.U., contra la adjudicación del contrato de “Servicios deportivos en las instalaciones deportivas del Derioko Udal Kiroldetgia, incluyendo actividades deportivas, control de accesos, administración y socorrismo, tanto en el polideportivo como en las piscinas de verano”, tramitado por el Ayuntamiento de Derio, anulando el acto impugnado y retrotrayendo las actuaciones de acuerdo con lo previsto en el artículo 150.4 de la LCSP.



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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta 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 LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2024ko apirilaren 10a

Vitoria-Gasteiz, 10 de abril de 2024