



**EB 2020/047**

**Resolución 071/2020, de 4 de junio, 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 SPORT STUDIO SERVICIOS DEPORTIVOS, S.L. contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local por el que se le excluye de la licitación y se declara desierta la misma en el contrato de “Servicio de gestión deportiva de las instalaciones municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Abanto-Zierbena.**

### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 16 de marzo de 2020, la empresa SPORT STUDIO SERVICIOS DEPORTIVOS, S.L. (en adelante, SPORT) interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi – Kontratuen Inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), un recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local por el que se le excluye de la licitación y se declara desierta la misma en el contrato de “Servicio de gestión deportiva de las instalaciones municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Abanto-Zierbena.

**SEGUNDO:** El procedimiento de recurso especial quedó suspendido por aplicación de lo dispuesto en la Disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. No obstante, apreciado por este OARC / KEAO que la tramitación del procedimiento de adjudicación se efectuaba por medios electrónicos, sobre la base la base de lo dispuesto en la Disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, se continuó con la tramitación del procedimiento de recurso especial



remitiéndose el 15 de mayo el recurso al poder adjudicador. La copia del expediente de contratación y del 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), se recibieron en el OARC / KEAO el 19 de mayo.

**TERCERO:** Mediante la Resolución B-BN 11/2020, de 19 de mayo de la Titular del OARC/KEAO, se ha acordado suspender de forma cautelar el procedimiento de adjudicación.

**CUARTO:** Con fecha 22 de mayo se trasladó el recurso a los interesados en el procedimiento, habiéndose recibido el día 1 de junio las alegaciones de GUEDAN SERVICIOS DEPORTIVOS, S.A. (en adelante, GUEDAN).

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO: Legitimación y representación**

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D. F.J.P.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 servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

### **TERCERO: Impugnabilidad del acto**

El artículo 44.2 b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de exclusión de las ofertas.

#### **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 Abanto Zierbena 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 síntesis, en los siguientes argumentos:

- a) Se solicita acceder al expediente administrativo del procedimiento de adjudicación para fundamentar sólidamente su recurso, pues en el acceso concedido por el Ayuntamiento no pudo conocer el contenido del resto de las ofertas al estar calificadas inadecuadamente como confidenciales y sin que el Ayuntamiento haya realizado ninguna comprobación sobre el verdadero carácter de confidencialidad de lo así calificado.
- b) La valoración de la oferta técnica de SPORT es desproporcionada y arbitraria teniendo en cuenta el umbral de suficiencia técnica.
- c) La decisión de excluir la oferta de la recurrente es inválida por restringir, desproporcionada e innecesariamente, la concurrencia de la licitación en contra de los principios consagrados en la LCSP. Asimismo, dicha exclusión no ha sido justificada y es contraria al principio de proporcionalidad.
- d) Finalmente, solicita, además de consultar el expediente para la realización, en su caso, de alegaciones complementarias, que se anule el acuerdo de exclusión de la oferta de la recurrente y se declare la admisión de su oferta con retroacción de las actuaciones para continuar con la tramitación del expediente.

### **SÉPTIMO: Alegaciones de GUEDAN**

La alegante solicita la desestimación del recurso, en síntesis, por los siguientes argumentos:

a) No procede el acceso al expediente, pues esta petición no guarda relación con el resto de las pretensiones ejercitadas en el recurso, ni puede considerarse útil o pertinente a esos efectos, ya que para defender su oferta no va a encontrar más argumentos en las de los otros licitadores cuyas ofertas han sido también excluidas.

b) El argumento de SPORT tampoco es útil a los efectos de la pretensión que ejercita: si el umbral mínimo de puntuación establecido en los pliegos es conforme a la Ley, el argumento es extemporáneo porque no impugnó los pliegos sino que los aceptó incondicionalmente cuando presentó su oferta; y si el umbral mínimo de puntuación es nulo de pleno derecho, el efecto es el de la cancelación de la licitación, porque no es posible la retroacción de actuaciones y una nueva valoración que no sea igualmente arbitraria y nula.

c) La valoración de la oferta de la recurrente y, en su consecuencia, la asignación de puntos que no le permiten superar el umbral mínimo establecido y conllevan su exclusión, está suficientemente motivada.

### **OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador**

El poder adjudicador alega para oponerse a la impugnación, de forma resumida lo siguiente:

a) Respecto del establecimiento del umbral mínimo a superar por los licitadores, debe indicarse que tiene cobertura legal y doctrinal de los tribunales administrativos. Por su parte, si la recurrente entendía que el establecimiento de este umbral no estaba justificado debió recurrir los pliegos en su momento.

b) El Ayuntamiento consideró que debía exigirse un alto grado de calidad en la prestación del servicio por ser servicios en relación directa con la ciudadanía. Por ello, las ofertas presentadas, si bien cumplen con las exigencias mínimas del servicio recogidas en el pliego, no reúnen las condiciones mínimas de calidad exigidas y, por lo tanto, deben excluirse.

c) El órgano de contratación tiene un margen de libertad para apreciar las circunstancias propias de cada licitador. Dentro de ese margen, el informe técnico se encuentra suficientemente motivado.

d) En definitiva, la recurrente no se esfuerza en demostrar la calidad de su oferta, no se recogen aspectos que le hagan merecedora de una puntuación superior, de forma que en el fondo no se cuestiona la valoración asignada, sino la existencia de un umbral eliminatorio del 50% que debió cuestionarse, en su caso, en otro momento procedimental.

#### **NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO**

A la vista de lo anterior, debe analizarse la viabilidad del recurso que solicita la admisión de la oferta presentada por haber sido injustamente excluida. Previamente al estudio de la pretensión, debe resolverse sobre la solicitud de acceso al expediente porque, de aceptarse, podría suponer la concesión de un plazo adicional para completar el recurso, retrasando así la revisión de las cuestiones de fondo que soportan la impugnación.

##### a) Sobre la limitación del acceso al expediente

El recurrente solicita que este Órgano le permita acceder al expediente, ya que el poder adjudicador ha limitado indebidamente su acceso al mismo al no haber revisado las genéricas declaraciones de confidencialidad del resto de licitadores, de forma que la vista de expediente efectuada en el Ayuntamiento no le ha permitido fundar adecuadamente su recurso.

A juicio de este Órgano, esta pretensión debe desestimarse, de acuerdo con su criterio sobre la materia, que se expone a continuación (ver, por todas, la Resolución 156/2019). 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 se persigue mediante este procedimiento es evitar la indefensión del recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación 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 el 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, la denegación 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, por ejemplo, si la Resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP, 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).

Aplicado lo anterior al caso analizado, se observa que no consta (ni el recurrente lo alega ni describe) cuál es el concreto perjuicio para la correcta elaboración del recurso que esta denegación parcial de acceso a las ofertas del resto de licitadores ha podido suponer ni en qué podría un nuevo acceso ser útil para completar su recurso, finalidad del trámite previsto en el artículo 52.3 de la LCSP y en el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, regulado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre; por el contrario, es claro que el recurso está ampliamente fundado, lo que denota que la recurrente ha obtenido información suficiente de los documentos del expediente a los que ha podido acceder y de la propia motivación del acto impugnado para plantear el debate sobre la legalidad de la exclusión (como se podrá deducir también del contenido de los siguientes apartados de la presente Resolución).

En definitiva, interpuesto el recurso especial con todas las garantías, no procede acceder a la pretensión del recurrente.

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

SPORT alega la existencia de desproporcionalidad, arbitrariedad y falta de motivación en la valoración de la oferta realizada por el técnico municipal.

Por lo que se refiere a la discrecionalidad técnica, debe señalarse que supone que el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto, debiendo en cambio verificarse el respeto a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se

refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho. Los citados límites impiden la fiscalización del llamado "núcleo material de la decisión" (el estricto juicio o dictamen técnico), pero no el de sus "aledaños", que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 209/2019 del OARC / KEAO).

Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la adjudicación para cumplir las funciones que la LCSP le encomienda, como posibilitar a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP) y facilitar a este Órgano el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador, se ha pronunciado el OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 117/2019). En síntesis, la motivación debe expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás; una vez satisfechos estos requisitos, no hay obligación de que la motivación se ajuste a un esquema formal concreto.

En este caso concreto debe tenerse en cuenta, además, la circunstancia de que el criterio de adjudicación discutido es eliminatorio para todas las ofertas que no obtengan, al menos, 22,5 puntos de los 45 posibles que se pueden obtener en los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. Dado que una puntuación inferior a esa cuantía supone la exclusión de la oferta sin que ni siquiera se valoren los criterios sujetos a fórmulas, la necesidad de que la discrecionalidad sea correctamente ejercida es especialmente importante, ya que el perjuicio derivado de una hipotética aplicación inadecuada en el criterio debatido no podría, en su caso, ser compensado por la puntuación otorgada en otros



criterios, de modo que el licitador perjudicado pudiera incluso llegar a obtener finalmente el contrato.

A la vista de lo anterior, y una vez delimitado el alcance del control que puede ejercer este Órgano, se estima que la aplicación de los criterios de adjudicación debatidos está suficientemente motivada y se ajusta a un correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica, pues se señalan los concretos aspectos de la proposición del recurrente evaluados, el juicio positivo o negativo que merecen y la puntuación atribuida es coherente con todo ello, sin que se observe que dichos criterios hayan sido aplicados de manera diferente al recurrente y a otros licitadores ni conste arbitrariedad. En particular, son reseñables los siguientes aspectos:

- 1) El recurrente pretende sustituir el juicio del poder adjudicador por el suyo propio cuando alega que su oferta es lo suficientemente buena como para poder superar el umbral mínimo eliminatorio. Esta pretensión no es aceptable, pues la recurrente no acredita ni delimita qué concretos aspectos de su oferta le deberían hacer merecedora de una mayor puntuación de forma que pudiera superar el límite eliminatorio, más allá de mostrar su disconformidad con el umbral del 50% establecido en unos pliegos que le vinculan igual que al poder adjudicador por no haber sido recurridos en tiempo y forma. Además, debe tenerse en consideración que el informe técnico goza de una presunción de imparcialidad de la que el recurrente, parte interesada, carece, además de estar emitido por empleados públicos a los que se les presupone capacitación adecuada.
- 2) En este sentido, el criterio de adjudicación, en lo que a los *aspectos organizativos* se refiere, criterio secundario cuya aplicación discute la recurrente, exige literalmente que (...). Se tendrá que definir cómo se va a realizar el servicio de las diferentes instalaciones y en los ámbitos de recepción, control de accesos, coordinación de usuarios, administración, socorrismo, actividades deportivas, limpieza y mantenimiento. El informe técnico califica la oferta de la recurrente en este apartado de *aspectos organizativos*, nada más y nada menos, como “mala”, procediendo a continuación a argumentar dicha calificación.

Se mencionan varias de las razones que tienen, a juicio de este Órgano, la suficiente entidad como para justificar la baja puntuación obtenida por SPORT. Así, se significa que no hay detalle de los medios y la organización para responder de las obligaciones del contrato, por lo que es difícil valorar la eficacia y eficiencia de las actuaciones propuestas; en muchos ámbitos como recepción, coordinación, administración, socorrismo, etc. tampoco se especifican esos medios y, finalmente, no se detalla el control de acceso y coordinación de usuarios en algunas de las instalaciones. En definitiva, SPORT se ha limitado a explicar las exigencias del pliego, pero sin desarrollar como lo va a hacer, por lo que este OARC/KEAO considera que se ha realizado una correcta aplicación del criterio sujeto a juicio de valor, pues la omisión en la oferta aportada por la recurrente de gran parte de esta información justifica la ponderación atribuida por el órgano evaluador a la recurrente en este criterio secundario de adjudicación.

- 3) En relación con las alegaciones efectuadas por la recurrente sobre la restricción indebida a la libre competencia que supone el establecer un umbral mínimo a superar en los criterios sujetos a un juicio de valor habida cuenta de que ninguna de las ofertas continúa en el procedimiento, cabe señalar que el TJUE en la sentencia de 20 de septiembre de 2018, asunto C-546/2016 ECLI:EU:C:2018:752, dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por este Órgano, en el apartado segundo de su parte dispositiva ha manifestado que El artículo 66 de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite que los poderes adjudicadores impongan en el pliego de condiciones de un procedimiento abierto de contratación pública unos requisitos mínimos en lo referente a la evaluación técnica, de modo que las ofertas presentadas que no alcancen una puntuación mínima predeterminada al término de esa evaluación quedan excluidas de las fases sucesivas de adjudicación del contrato, y ello con independencia del número de licitadores restantes. Argumenta el TJUE que la necesidad de garantizar una competencia real hasta la fase final del procedimiento no concierne a los procedimientos abiertos ya que las únicas ofertas que el poder adjudicador está autorizado a excluir de la evaluación basada en el precio son las ofertas que no cumplen los

requisitos mínimos de la evaluación técnica y, por tanto, no satisfacen las necesidades del poder adjudicador y que esta manera de actuar no pretende limitar el número de ofertas sometidas a la evaluación basada en el precio, ya que, en principio, todas las ofertas presentadas pueden cumplir esos requisitos mínimos (apartados 37 y 43).

- 4) Por último, y como se ha expuesto en el punto anterior, el poder adjudicador no está obligado, como pretende la recurrente, a adjudicar el contrato a un licitador cuya oferta no le satisface mínimamente en términos de calidad, si no se ha superado un determinado umbral establecido en los pliegos. Precisamente, la fijación de dicho umbral mínimo eliminatorio tiene por objeto asegurar que la oferta cumple con unos estándares mínimos de calidad para ser aceptable. Por su parte, la LCSP en su artículo 150.3 proscribía la declaración de desierto para el caso de que exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego, circunstancia que no se produce en el presente caso, pues ninguna supera el umbral establecido en aquél en base a un informe realizado conforme a unos criterios técnicos no revisables por este Órgano.

c) Conclusión

A la vista de lo señalado en las letras anteriores, este Órgano no llega a apreciar que la valoración técnica pueda ser calificada como de errónea o arbitraria y que pueda llevar a la anulación de las puntuaciones efectuadas ni, en consecuencia, a la exclusión de la recurrente por la insuficiencia de la puntuación obtenida respecto del umbral mínimo previsto en el PCAP, por lo que el recurso debe desestimarse.

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:

## RESUELVE

**PRIMERO:** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa SPORT STUDIO SERVICIOS DEPORTIVOS, S.L. contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local por el que se le excluye de la licitación y se declara desierta la misma en el contrato de “Servicio de gestión deportiva de las instalaciones municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Abanto-Zierbena.

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

**TERCERO:** Se acuerda mantener la suspensión del procedimiento en tanto no se resuelva el recurso especial numerado como EB 64/2020, ya que ambos recursos tienen por objeto el mismo acuerdo.

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

**Vitoria-Gasteiz, 2020ko ekainaren 4a**

Vitoria-Gasteiz, 4 de junio de 2020