



EB 2022/050

Resolución 116/2022, de 5 de julio, 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 KIROLZER, S.L., contra la adjudicación del contrato “Concesión de servicios de la gestión integral de las instalaciones municipales de Tolosa”, tramitado por el Ayuntamiento de Tolosa.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 28 de marzo de 2022 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 empresa KIROLZER, S.L., contra la adjudicación del contrato “Concesión de servicios de la gestión integral de las instalaciones municipales de Tolosa”, tramitado por el Ayuntamiento de Tolosa.

SEGUNDO El mismo día 28 de marzo este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y 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 los días 31 de marzo y 1 de abril.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados los días 4 y 5 de abril, el 12 de abril se recibieron las alegaciones de BPX SPORT, S.L.U. (en adelante, BPX), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.C.R.L. 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 Tolosa 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 argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) La oferta de BPX debió ser excluida porque la Memoria técnica no contiene, como piden los pliegos, “todos y cada uno” de los aspectos que deben valorarse:

- No define ni especifica su propuesta sobre los colectivos de necesidades especiales.
- Se plantea mantener la actual estructura de precios y no realiza ningún planteamiento nuevo que represente valor añadido al respecto para las personas usuarias.
- Falta un análisis de las instalaciones deportivas o la identificación de las claves para su conservación.
- Se aportan varios nuevos servicios sin valor añadido.
- No se aportan medidas de eficiencia energética y gestión medioambiental.

b) La oferta es contraria al apartado 3.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y al convenio colectivo aplicable en lo que se refiere al calendario de apertura y cierre de las instalaciones y a la jornada de los grupos de mantenimiento y limpieza.

c) La oferta no satisface los pliegos, que recogen la obligación de subrogación de los trabajadores que vinieran ejecutando la prestación porque se expresan reservas a dicha obligación.



d) Tal y como se deduce del análisis de los sobres B (Memoria técnica) y C (Plan de viabilidad), no se ha incluido en la oferta de la adjudicataria el “Cuadro global de precios”, incumpliendo el apartado 6 del PPT.

e) Debe corregirse el error sobre la puntuación atribuida a la valoración del sobre B (criterios sujetos a juicio de valor), de tal modo que BPX debe obtener en este apartado 29,5 puntos y KIROLZER 42,5 puntos.

f) La aplicación del criterio de adjudicación sujeto a evaluación mediante fórmula “Plan de viabilidad” no es correcta porque el adjudicatario impugnado no ha aportado la justificación requerida para obtener puntuación en este apartado.

g) La fórmula de valoración del canon no se ha aplicado correctamente. Según KIROLZER, la forma de puntuar ofertas que no son la más alta y tampoco igualan o son inferiores al canon de licitación (es el caso de KIROLZER con 108.670 euros de canon ofertado), debe entenderse del siguiente modo:

- En primer lugar, se calculan ΔK y ΔR ; ΔK sería el incremento de canon más alto, puesto en relación con el canon más alto, expresado porcentualmente. Así: $((120.000 - 70.000)/120.000) = 50.000 / 120.000 = 0,4166 = 41,66\%$. ΔR sería el incremento de canon menos alto, puesto en relación con el canon más alto, expresado porcentualmente. Así: $((108.670 - 70.000)/120.000) = 38.670 / 120.000 = 0,3222 = 32,22\%$
- La fórmula se aplica con los valores porcentuales obtenidos, que pueden expresarse en forma de porcentual, es decir, de tanto por ciento o decimal; optando por la decimal resulta:

$$PR = 47 - 2 \times (0,4166 - 0,3222)$$

$$PR = 47 - 2 \times 0,0944$$

$$PR = 47 - 0,1888$$

$$PR = 46,8112$$



h) Finalmente, se solicita la anulación o declaración de nulidad y la exclusión de la oferta de BPX o, subsidiariamente, que se corrija la valoración de las proposiciones en el sentido expresado en el recurso o que se ordene la retroacción de actuaciones para que lo haga el poder adjudicador.

SÉPTIMO: Alegaciones de BPX

La adjudicataria impugnada solicita la desestimación del recurso, de forma resumida, por las siguientes razones:

a) BPX niega que su oferta incumpla los pliegos. En particular, alega que la proposición incluye una memoria técnica con todos y cada uno de los aspectos a valorar establecidos en el apartado 19.1 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP). Además, se trata de información necesaria para evaluar los criterios de adjudicación y comparar las ofertas presentadas, sin que se exija que el documento deba tener un contenido mínimo necesario para completar la voluntad contractual, por lo que no cabe la exclusión solicitada.

b) Se alega que de la documentación que consta en la oferta de BPX se deduce claramente su intención de respetar la obligación de subrogarse en los contratos de trabajo de los trabajadores con derecho a dicha subrogación; en todo caso, se trata de una cuestión que debe verificarse en la fase de ejecución del contrato. Tampoco existe infracción de las jornadas anuales previstas en el convenio colectivo aplicable; en particular, alega que la referencia a las 1.600 horas anuales es tan solo un redondeo y no obedece a la voluntad de incumplir el convenio y que se trata de una cuestión relativa a la ejecución del contrato y al ámbito de las relaciones laborales.

c) BPX rechaza que su oferta incumpla el calendario y el horario establecidos en los pliegos y alega que los propios pliegos prevén que se acuerden con la empresa concesionaria o que se modifiquen por el Ayuntamiento por razones de interés general.



d) Los pliegos no exigen que los licitadores aporten un cuadro global de precios; por el contrario, prohíben que en la Memoria técnica se incluyan datos evaluables en los criterios de adjudicación sujetos a fórmula. Por otro lado, tampoco debe incluirse la propuesta de precios en el sobre correspondiente a los criterios automáticos, pues no lo establece así el PCAP, que debe aplicarse preferentemente al apartado 6 del PPT que sí menciona la obligación de los licitadores de presentar una propuesta de precios para 2022.

e) BPX incluye en su oferta las magnitudes establecidas en los pliegos para obtener puntuación en el criterio automático “Plan de viabilidad” y ha justificado todas ellas, por lo que los puntos atribuidos son correctos.

f) BPX entiende que la fórmula de valoración del canon ofertado se ha aplicado correctamente.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso con apoyo en los siguientes argumentos:

a) Se alega que las deficiencias en el contenido de la Memoria técnica no tienen como consecuencia necesaria la exclusión de la oferta, sin perjuicio de las diferencias de puntuación en los correspondientes criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor.

b) Según los pliegos, “Se estará a lo dispuesto en el Convenio Colectivo que sea aplicable”, sin perjuicio de que la anterior adjudicataria del servicio (y actual recurrente) aplique un convenio de empresa; dicho de otro modo, los pliegos no establecen un concreto convenio aplicable, sino que tan solo informan de cuál es el que venía rigiendo. En este sentido, BPX explica en su Memoria técnica que aplicará el Convenio colectivo para Instalaciones Deportivas de Tolosa. Además, añade que mantendrá las condiciones laborales actuales de cada una



de las personas trabajadoras y que subrogará a todo el personal actual que ejerza su derecho a ser subrogado; esta última mención no es una reserva a la obligación de subrogación, sino tan solo el reconocimiento de que dicha obligación del empresario es un derecho del trabajador.

c) La fórmula de valoración del canon anual es la misma que rige la evaluación del precio (en este caso, a la baja) en todas las licitaciones del Ayuntamiento de Tolosa y su contenido y modo de aplicación se entiende sin dificultad. El recurrente no solicitó aclaración alguna sobre dicha fórmula y, dado que no la ha impugnado en tiempo y forma, pretende ahora sembrar dudas sobre su aplicación. Por otro lado, aplicar la fórmula como pide KIROLZER supondría, de hecho, diluir su efecto y desvirtuar la ponderación que los pliegos conceden al correspondiente criterio de adjudicación, porque las diferencias de puntuación entre incrementos de canon muy dispares serían mínimas; todo ello es contradictorio con la proposición de la recurrente, que ha ofrecido un descuento importante a pesar de que, según el criterio expresado por ella misma en el recurso, podría haber ofrecido un descuento mucho menor para obtener los mismos puntos. El poder adjudicador alega que la Resolución 191/2021 del OARC / KEAO resuelve una impugnación prácticamente idéntica en sentido contrario al pretendido por el recurso.

d) El poder adjudicador alega que la proposición de KIROLZER incluye modificaciones de horarios y jornadas incumpliendo su propio convenio de empresa, el mismo que pretende imponer a BPX e incurriendo en las mismas actuaciones por las que pide la exclusión de la adjudicataria impugnada. Por otro lado, las propuestas de los licitadores sobre horarios y calendarios son iniciales y provisionales, ya que la situación definitiva debe acordarse entre el concesionario y el Ayuntamiento.

e) El Ayuntamiento alega que el PCAP no establece ninguna obligación de presentar un cuadro de precios. BPX ya manifiesta que mantendrá los precios en 2022 y en su Plan de Viabilidad prevé un incremento anual del 1,5% dicho plan reúne todos los requisitos exigidos en la cláusula 19.2 del Anexo I del PCAP.



Además, el PPT establece que se podrán incorporar nuevas modalidades o tipologías de precios que aporten valor añadido.

f) El poder adjudicador considera que la evaluación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor ha respetado los límites de la discrecionalidad técnica que la LCSP le atribuye en esta materia.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de la viabilidad de la impugnación debe basarse en las cláusulas relevantes de los pliegos del contrato, que rigen el procedimiento de adjudicación por no haber sido impugnados en tiempo y forma, y cuyo contenido vincula a los licitadores y al poder adjudicador:

PPT:

[...]

3.- OBLIGACIONES GENERALES: CALENDARIO Y HORARIO DE APERTURA

3.1.- CALENDARIO

Las instalaciones deportivas cerrarán como máximo los siguientes días festivos (salvo imperativo legal): 1 y 6 de enero, 24 de junio, 25 de diciembre. Asimismo se establecerán con carácter ordinario 7 días continuos de parada técnica en el complejo polideportivo Usabal coincidentes con las fechas del carnaval de Tolosa, preferiblemente. Estos días de carnaval el estadio Berazubi se abrirá a media jornada (8:00-14:00) para dar cobertura a las personas abonadas que quieran utilizarlas.

El frontón Beotibar se abrirá para las necesidades puntuales de festivales de pelota profesional que se programen para las fechas de Carnaval.

Los días 24 y 31 de diciembre y 5 de enero se aplicará un horario especial, en días laborables y festivos de 8:00 a 14:00 horas.

El calendario anual será acordado con la empresa concesionaria y fijado antes del último trimestre del año.

El mes de agosto, los frontones Beotibar y Uzturpe podrán permanecer cerrados para realizar tareas de mantenimiento.

La temporada de verano comprenderá los meses de junio, julio, agosto y septiembre. Se iniciará el 1 de junio y finalizará el 20 de septiembre, ambos incluidos. Este calendario podrá ampliarse



en función de las condiciones climatológicas de cada verano y sin costes añadidos para la propiedad.

Tanto el calendario como el horario de funcionamiento acordados podrán ser modificados por el Ayuntamiento por el interés general.

[...]

4. CONDICIONES DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO Y OBLIGACIONES DE LA CONCESIONARIA

[...]

4.11.-Propuesta del calendario y horario anual

La concesionaria deberá solicitar la aprobación previa de los horarios y calendario anual de apertura y cierre de cada una de las instalaciones deportivas objeto de la concesión al Ayuntamiento con una antelación previa de 6 meses.

Se podrán autorizar horarios diferentes pero debidamente justificados.

[...]

6. RETRIBUCIÓN DE LA CONCESIONARIA

[...]

Cada una de las licitadoras presentará sólo un cuadro global de precios que abarque la totalidad de los servicios y de toda la tipología de usuarios, teniendo en cuenta en implementar precios bonificados para nuevas situaciones familiares, individuales y para colectivos con necesidades especiales.

[...]

PCAP

[...]

ANEXO I. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

[...]

18.- Forma de las proposiciones: (Cláusula 26)

Las proposiciones se presentarán **exclusivamente por medios electrónicos en TRES SOBRES o ARCHIVOS ELECTRÓNICOS**. La presentación de ofertas se realizara a través de la aplicación denominada **sistema de licitación electrónica** ubicada en la **Plataforma de Contratación Pública del País Vasco** (www.contratacion.euskadi.eus).

[...]

SOBRE B
<u>1.- MEMORIA TÉCNICA</u>
Habrà que incluir en este sobre una memoria técnica que recoja todos y cada uno de los



aspectos a valorar conforme al punto 19.1 de este Anexo I.

La no-inclusión de esta memoria técnica supondrá la inmediata exclusión de la licitación de la empresa.

En ningún caso podrán incluirse en la memoria técnica, valores, referencias económicas o demás aspectos que sean objeto de valoración en la documentación a incluir en el sobre C. Éstos deberán constar única y exclusivamente en el sobre C. La inclusión de dichas referencias será causa de exclusión, previa audiencia al licitador.

Dada la importancia de la memoria técnica y en aras a fomentar la concreción y claridad de la misma, esta no podrá tener una extensión de más de 100 páginas DIN-A4 (el equivalente a 50 hojas a doble cara) incluido portadas, índice y demás, por lo que se penalizará, de la puntuación final obtenida en el sobre B, restando 1 punto por cada página que exceda de dicho máximo.

SOBRE C

1.- MODELO DE DECLARACIÓN RESPONSABLE DEL ANEXO II

Recogerá la “documentación relativa a los criterios valorables en cifras o porcentajes”, para lo cual **deberá utilizarse el modelo de declaración responsable que consta como Anexo II.**

2.- ESTUDIO ECONÓMICO-FINANCIERO / PLAN DE VIABILIDAD

Las empresas deberán incluir en este sobre toda la información relativa a los aspectos económicos de su oferta y más concretamente el plan de viabilidad económico-financiera en el que se hará referencia a todas aquellas magnitudes a considerar en la explotación del contrato: canon, inversiones, número de usuarios/socios, etc.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 156.2 LCSP, el plazo de presentación de proposiciones en los procedimientos abiertos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada no será inferior a treinta días para las concesiones de servicios, contados desde la fecha de envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

En este caso, las proposiciones de las empresas licitadoras se presentarán **exclusivamente por medios electrónicos**, durante el plazo de **CINCUENTA (50) DÍAS NATURALES**, a contar desde el día siguiente a la fecha de publicación del anuncio de licitación del contrato en el perfil del contratante (se cumple así con el plazo mínimo fijado en el párrafo anterior). Si este coincide en sábado o festivo, el plazo finalizara el día hábil siguiente, y **en todo caso el límite horario serán las 15:00 horas**. En cualquier caso, las personas o empresas licitadoras deberán presentar su documentación de manera que quede garantizado el secreto de las proposiciones.

19.- Criterios de adjudicación. (Cláusulas 20, 30 y 32)

Pluralidad de criterios de adjudicación.

19.1.- Criterios no valorables en cifras o porcentajes: 48 puntos.



La empresa licitadora que no obtenga al menos 24 puntos en este apartado, será excluida de la licitación garantizando en todo caso todos sus derechos. **En ningún caso podrán incluirse en la memoria técnica, valores, referencias económicas o demás aspectos que deberán constar única y exclusivamente en el sobre C.**

Criterio	Descripción de la valoración	Pond.
Memoria técnica	<u>1. Proyecto de Actividades y modelo de gestión.</u> Deberá recoger aquí todos aquellos extremos recogidos en el apartado cuarto del PPTP relacionados con la organización de actividades, el modelo de gestión de estas, la forma de impartición, la mayor oferta y la facilidad de acceso. Se valorarán los siguientes aspectos, incidiendo especialmente en su concreción. - La definición, idoneidad, coherencia y viabilidad del proyecto de actividades deportivas planteado. - La amplitud de la oferta y del público al que va dirigida, la inclusión de todos los sectores o grupos de población, la idoneidad de horarios, la diversidad de cursos, los ratios de usuarios por actividad, los compromisos de innovación y las actividades propuestas en coherencia con el público al que se dirigen. - La habilitación de mecanismos que faciliten el uso y disfrute de las instalaciones deportivas, así como los servicios ofertados a colectivos más vulnerables, con necesidades especiales o especialmente desprotegidos. - La aportación y el grado en que complementa la oferta deportiva municipal, así como la viabilidad técnica del proyecto. - Que la estructura de tipos de precios que abonan los usuarios a la contratista sea similar a la actual, si bien se podrán incorporar nuevas modalidades o tipologías de precios que aporten un valor añadido, y además se valorará positivamente el no incremento de precios. En ningún caso se podrán especificar cuantías.	18 puntos
	<u>2. Plan de mantenimiento, conservación y limpieza</u> Se valorarán las actuaciones claves que se identifican a continuación, para una buena conservación de las instalaciones durante los próximos diez años, incidiendo especialmente en la concreción y concisión que definan dichas actuaciones. - Grado de definición y claridad del plan de mantenimiento, conservación y limpieza y su idoneidad con el objetivo de conseguir el mejor estado de la instalación y las mejores condiciones de servicio. - Propuestas y protocolos que planteen mejoras sobre lo previsto en el	10 puntos



	PPTP con el objetivo de garantizar el servicio en las mejores condiciones y el restablecimiento del mismo ante cualquier imprevisto en el menor tiempo posible. - Reducción del impacto ambiental de la gestión, acciones de mejora de la eficiencia energética, gestión de residuos y economía circular.	
	<u>3. Propuesta organizativa y planificación operativa</u> Deberá recoger aquí todos aquellos extremos recogidos en el apartado cuarto del PPTP relacionados con la organización del servicio (cálculos de horas necesarias, rendimientos, distribución del personal por centros y el número de horas por centro) y la planificación del trabajo (en situaciones ordinarias e incluso capacidad de respuesta ante situaciones imprevistas, emergencias, alertas sanitarias, pandemias, etc.). Se valorará especialmente la definición, la claridad, la concreción, la concisión y la idoneidad de la propuesta de organización del personal. Todo ello, en aras a la consecución de una buena gestión y mejora continuas encaminadas a garantizar la calidad mínima establecida en los estándares de calidad.	8 puntos
	<u>4.- Otros servicios, campañas, programas y planes</u> Además de recoger todos aquellos extremos recogidos en el apartado quinto de los PPTP relacionados con las campañas, programas y planes, se valorará que los licitadores propongan nuevos servicios no definidos por el Ayuntamiento y que supongan un valor añadido para el servicio. De esta forma, se otorgarán hasta 2 puntos por cada propuesta de servicios adicional a lo previsto en el PPTP, en función de la idoneidad de la propuesta al servicio, sin que ello suponga una alteración de lo previsto en el estudio económico-financiero de la concesión.	6 puntos
	<u>5. Eficiencia energética y gestión medioambiental</u> Se valorará que los licitadores propongan medidas concretas que redunden en beneficio del medio ambiente (reducción del impacto ambiental, inversiones en instalaciones para la mejora de la eficiencia energética, mejora del confort y servicios a los usuarios) y que confluyan con las políticas de transición energética. De esta forma, se otorgarán hasta 2 puntos por cada medida propuesta, en función de la definición, la claridad, la concreción, la concisión, la idoneidad y el cronograma para la puesta en marcha de esas acciones concretas, que tendrán que contar con un presupuesto definido, sin que ello suponga una alteración de lo previsto en el estudio económico-financiero de la concesión.	6 puntos



19.2.- Criterios valorables en cifras o porcentajes: 52 puntos.

Criterio		Justificación de la fórmula	Pond.
Canon anual		En la puntuación del canon (P_R) se atribuirá 47 puntos a la proposición que ofrezca un canon anual más alto y 0 puntos a la que iguale el canon de licitación. Para el resto de proposiciones (R) se utilizará la formula, en la que los incrementos respecto al canon de licitación (Δ_R) se pondrán en relación con el canon más alto (Δ_K) y se expresarán porcentualmente. <u>Las ofertas inferiores al canon de licitación serán rechazadas.</u> .	47 puntos
Fórmula: $P_R = 47 - 2 \times (\Delta_K - \Delta_R)$			
Plan de viabilidad	Se valorará que los licitadores en su estudio económico-financiero / plan de viabilidad incluyan de manera clara y concreta aquellas magnitudes a considerar en la explotación del contrato. Por ello, las empresas que incorporen en sus estudios las magnitudes que se enumeran a continuación obtendrán un punto por cada una de ellas, si bien, no bastara con enumerarlas, si no que tendrán que ser debidamente justificadas y razonadas. Las empresas que no las incorporen obtendrán 0 puntos. - canon anual - inversiones a realizar (no solo la cuantía si no el fin de las mismas) - número de usuarios/socios - umbral de rentabilidad (beneficio anual medio estimado) - periodo de retorno de las inversiones		5 puntos

A la vista de lo anterior, de las alegaciones de los interesados y del resto de la documentación que consta en el expediente, a continuación se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre la viabilidad de la pretensión.

- a) Sobre la falta de aportación en la oferta de documentos requeridos por los pliegos.

En este apartado el recurrente alega los siguientes incumplimientos que, a su juicio, debieron suponer la exclusión de la oferta de la adjudicataria impugnada.



a 1) Sobre las deficiencias de la presentación de la memoria técnica

El recurrente alega que BPX no incluyó en el sobre B de su oferta (relativo a los criterios de adjudicación sujetos a evaluación mediante juicio de valor) una “memoria técnica que recoja todos y cada uno de los aspectos a valorar conforme al punto 19.1 de este Anexo I”, como pide el punto 18 del citado Anexo. Este motivo de recurso debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) Por su ubicación sistemática (en el punto 18 del Anexo del PCAP, titulado “Forma de las proposiciones”) y por su contenido (determinar qué documentación debe presentar el licitador), es claro que la finalidad de la cláusula invocada por el recurrente como infringida es homogeneizar mínimamente la forma y el contenido de las proposiciones para facilitar una evaluación más sencilla y objetiva de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. Consecuentemente, no se trata de acreditar específicamente que la oferta satisface ciertas prescripciones técnicas obligatorias, o que el operador económico ostenta los requisitos de aptitud correspondientes, ni tampoco de asegurar el cumplimiento de una condición de ejecución, sino de facilitar la comparación entre las distintas proposiciones presentadas para seleccionar de entre ellas la que resulte ser la más ventajosa (ver, por ejemplo, la Resolución 131/2019 del OARC / KEAO).
- 2) Partiendo de lo expuesto en el apartado 1) anterior, debe recordarse la doctrina de este Órgano según la cual la falta de cumplimiento (o de acreditación documental) de un criterio de adjudicación solo puede llevar consigo, en su caso, la obtención de una menor puntuación en el mismo, pero no la exclusión de la oferta, como pretende la recurrente (ver, por ejemplo, las Resoluciones 92/2019 y 102/2022 del OARC / KEAO). La citada omisión solo supondría la exclusión si fuera tan relevante que impidiera conocer elementos esenciales de la oferta que afectarían a la correcta configuración del contrato o imposibilitarían la evaluación



igualitaria de los criterios de adjudicación (ver las Resoluciones 2 y 99/2020 del OARC / KEAO).

a 2) Sobre la falta de presentación del “Cuadro global de precios”.

El recurrente alega, en síntesis, que la oferta de BPX debió ser excluida por no aportar el Cuadro Global de Precios, como exige el apartado 6 del PPT. Este motivo de recurso debe desestimarse por los siguientes motivos:

- 1) El apartado 6 del PPT invocado por la recurrente establece que “En el plan de explotación de la propuesta técnica, las licitadoras deberán presentar una propuesta de precios para el año 2022 con cuantas variables de personas usuarias – particulares o de grupo considere, en razón de las estimaciones de costes y del número de socios y / o usuarias que cada licitador estime”. Por el contrario, el apartado 18 del Anexo I del PCAP, titulado “Forma de proposiciones” no hace ninguna mención a que alguno de los sobres (o archivos electrónicos) que deben presentar los licitadores deba contener el citado Cuadro.
- 2) A juicio de este Órgano, lo expuesto en el apartado 1) anterior es una contradicción que debe salvarse en favor de lo señalado en el PCAP:
 - En primer lugar, los propios pliegos establecen que, en caso de discrepancia entre el PCAP y el PPT debe prevalecer lo dispuesto en el primero (cláusula 62 del PCAP).
 - En segundo lugar, un consolidado criterio interpretativo establece que la citada contradicción ha de resolverse en favor de la aplicación del documento contractual en el que debe ubicarse el contenido al que se refieren las cláusulas debatidas (ver, por ejemplo, la Resolución 44/2018 del OARC / KEAO y la sentencia del TS de 19 de mayo de 2021, nº 700/2021, ECLI: ES:TS:2021:2029). En este caso, es claro que la documentación que habrán de presentar los licitadores, así como la forma y contenido de las proposiciones, es una materia propia



del PCAP, y “en ningún caso” puede ser parte del contenido del PPT (ver los artículos 67.2 h) y 68.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

- Finalmente, este Órgano ha declarado reiteradamente (ver, por todas, su Resolución 167/2021) que el principio de transparencia (artículo 1.1 de la LCSP) implica que no cabe trasladar a los licitadores la carga de acertar a integrar la voluntad del poder adjudicador mediante la interpretación de cláusulas contradictorias, con la grave consecuencia de la exclusión de su proposición si, a juicio del poder adjudicador, no tienen éxito en dicha tarea. En este sentido, es oportuno recordar el principio jurídico que impide que la oscuridad de una estipulación pueda perjudicar a quien no es responsable de ella (artículo 1288 del Código Civil), especialmente si se tiene en cuenta que ni siquiera se trata de cláusulas de un contrato ya perfeccionado, sino de las bases de un procedimiento elaboradas únicamente por el órgano de contratación y cuya finalidad es precisamente la selección de la contraparte del negocio jurídico.

b) Sobre los incumplimientos de los pliegos por la oferta de BPX

La recurrente alega que la oferta de BPX debió ser excluida por incumplir diversos aspectos obligatorios de los pliegos, relativos a los horarios y el calendario y la obligación de subrogarse en los contratos laborales del personal que venía ejecutando la prestación.

b 1) Sobre los horarios y el calendario

El recurso señala que la oferta de BPX debió ser excluida por incumplir el PPT y el convenio colectivo aplicable en materia de horarios y calendario. Esta alegación debe desestimarse por las siguientes razones:



- 1) Según los apartados 3.1 y 4.11 del PPT, el calendario y el horario anual se acordarán entre el poder adjudicador y la empresa concesionaria (a solicitud anual de esta última), es decir, una vez perfeccionado el contrato. Por su parte, la única mención que contiene el PCAP al respecto figura en la descripción del criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor “Memoria técnica.-1. Proyecto de Actividades y modelo de gestión”, que considera como uno de los muchos aspectos a valorar “la idoneidad de horarios”.
- 2) A la vista de lo expuesto en el apartado 1) anterior, debe entenderse que no cabe excluir una proposición porque infrinja los horarios y el calendario establecidos en el apartado 3.1 del PPT. A juicio de este Órgano, el hecho de que este apartado contenga varias prescripciones al respecto conlleva que dichas cláusulas deberán respetarse, en su caso, por el acuerdo anual correspondiente entre el Ayuntamiento y la concesionaria, pero no necesariamente por la oferta de los licitadores.
- 3) Es cierto que parece anómalo que la idoneidad de los horarios ofertados por el licitador (no así la del calendario) se incluya como criterio de adjudicación cuando es un aspecto que se acuerda entre las partes a propuesta del concesionario y como parte de la ejecución del contrato. Sin embargo, el principio de transparencia (artículo 1.1 de la LCSP) prohíbe que esta aparente contradicción concluya en una interpretación de los pliegos que perjudique a los licitadores, que no son quienes la han causado, con una sanción tan grave como la exclusión del procedimiento de adjudicación (ver, por todas, la Resolución 167/2021 del OARC / KEAO).

b 2) Sobre la obligación de subrogación

KIROLZER alega que BPX ha introducido una reserva a una cláusula obligatoria de los pliegos porque condiciona la obligación de la subrogación a que el trabajador lo pida; esta reserva supondría un incumplimiento patente del Pliego, que debe aceptarse incondicionalmente. Concretamente, el inciso de la oferta



que el recurrente considera un condicionamiento ilegal de la obligación de subrogación es “siempre que estos ejerzan su derecho a ser subrogados” (página 65 de la Memoria técnica). A juicio de este Órgano, este motivo de impugnación carece de fundamento. La expresión debatida no puede considerarse una reserva a la obligación recogida en los pliegos; por el contrario, se trata tan solo de mencionar algo tan obvio como que la opción de integrarse en la plantilla del nuevo contratista corresponde al trabajador titular del derecho correspondiente, el cual puede válidamente decidir no ejercerla.

c) Sobre la aplicación de la fórmula de valoración del canon.

El recurrente alega que no se ha aplicado correctamente el criterio de adjudicación que valora, mediante una fórmula, el canon a pagar al poder adjudicador que ofrece cada licitador. Este motivo de recurso no puede aceptarse. Tal y como señala el poder adjudicador, la cuestión es muy similar a la planteada y resuelta en la Resolución 191/2021 del OARC / KEAO, también referida a un contrato del Ayuntamiento de Tolosa (con la diferencia de que en aquel caso se trataba de evaluar el precio más bajo y no la aportación más alta, como en el recurso analizado), por lo que debe partirse de la doctrina en ella establecida:

- 1) La fórmula establece, en lo que atañe al motivo impugnatorio, que “los incrementos respecto al canon de licitación” se expresarán porcentualmente. A pesar de que la forma adverbial no se encuentra recogida en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la sustantiva (porcentaje) y la adjetiva (porcentual) sí lo están y significan, respectivamente, proporción que toma como referencia al número 100 y cantidad calculada o expresada en tanto por ciento. Así, si el incremento de la recurrente respecto al canon de licitación del precio en términos porcentuales ha sido de un tanto por ciento de 55,24, dicha cifra es la expresión porcentual o porcentaje del incremento, que es la magnitud que la fórmula requiere para ser aplicada.



- 2) Interpretar como hace la recurrente que la cifra a consignar en la fórmula es 55, 24% (de hecho, con esta notación se busca expresar la baja en tanto por uno, es decir, 0,5524) no es aceptable. Por un lado, como se ha dicho, ello supone infringir la literalidad de los pliegos y, por otro, se convierte en puramente nominal la ponderación atribuida al criterio de adjudicación (un máximo de 47 puntos sobre los 100 posibles), pues se impide, de hecho, que haya diferencias de puntuación acordes con dicha ponderación entre ofertas muy dispares.
- 3) Por otro lado, como bien argumenta el poder adjudicador, el comportamiento del recurrente al ofrecer un importante incremento del canon no parece propio de quien está verdaderamente convencido de una lectura de la fórmula de la que se deduce que dicha propuesta tendrá una compensación ínfima en términos de puntuación.

d) Sobre la aplicación del criterio de adjudicación “Plan de viabilidad”

KIROLZER considera incorrecto que se hayan atribuido 5 puntos (el máximo posible) a BPX en el criterio de adjudicación “Plan de viabilidad” porque el adjudicatario impugnado no presentó un Plan de Viabilidad “debidamente justificado y razonado”, como piden los pliegos. Este motivo de recurso debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) El criterio de adjudicación “Plan de viabilidad” está calificado en los pliegos como “valorable en cifras o porcentajes”, es decir, como uno de los que el artículo 146.2 de la LCSP define como “...aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos”. El rasgo esencial de estos criterios (denominados habitualmente “automáticos”) es la ausencia total de margen de apreciación en la valoración de las ofertas, ya que la puntuación se deriva de la aplicación de una fórmula y el resultado de una fórmula no puede interpretarse, tan solo se calcula. Consecuentemente, la introducción de cualquier elemento



subjetivo en la aplicación de este tipo de criterios es inaceptable porque desvirtúa su automatismo (ver, por todas, la Resolución 12/2020 del OARC / KEAO, confirmada por la STSJ PV de 24/6/2021, ECLI:ES:TSJPV:2021:1701).

- 2) El citado criterio se establece en unos pliegos firmes y consentidos, vinculantes también para el órgano de contratación. Dicha vinculación no solo implica respetar durante el procedimiento de adjudicación el contenido del criterio, tal y como se establece en los pliegos, sino también su misma condición de criterio automático, igualmente fijada en la documentación contractual. Debe recordarse que la calificación del criterio como sujeto a fórmula tiene ya varias consecuencias relevantes, como son el orden de apertura de los archivos para garantizar la evaluación separada establecida en el artículo 146.2 de la LCSP y, especialmente por lo que importa al asunto, la prohibición radical de que en su aplicación el órgano de contratación pueda introducir ningún elemento subjetivo o juicio discrecional o valorativo; paralelamente, los licitadores tienen el derecho a esperar que el procedimiento de adjudicación se conduzca en esos estrictos términos y no en otros distintos.
- 3) Partiendo de lo expuesto en los apartados 1) y 2) anteriores, se observa que el criterio de adjudicación cuya aplicación se debate premia la incorporación en el Plan de viabilidad de las magnitudes que se señalan (1 punto por cada magnitud, con un máximo de 5 puntos); no obstante, se matiza que no será suficiente la enumeración de dichas magnitudes, sino que, además, deberán estar “debidamente justificadas y razonadas”. Es claro que no hay una respuesta unívoca y predeterminada a la pregunta de en qué consiste dicha justificación y razonamiento, y que se trata de un concepto cuya adaptación al caso concreto requeriría de una apreciación subjetiva. Sin embargo, la defectuosa configuración como criterio sujeto a fórmula del “Plan de viabilidad” no obsta, sin embargo, a



su carácter de cláusula firme y a la consecuente obligación de que su aplicación respete su automatismo, como ya se ha dicho en el apartado 2) anterior. Por otro lado, el principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) impide a este Órgano emitir pronunciamiento alguno sobre su validez, que además tampoco ha sido impugnada por el recurrente mediante el llamado “recurso indirecto” (ver, por ejemplo, la Resolución 96/2021 del OARC / KEAO).

- 4) Llegados a este punto, y dentro de los límites señalados en el apartado 3) anterior, este OARC / KEAO entiende que solo cabe entender que la puntuación atribuida a BPX en este apartado es correcta. Así, en el sobre C de la proposición se incluye el modelo de declaración responsable que solicita el apartado 18 del Anexo I del PCAP, debidamente cumplimentado e indicando las cinco magnitudes evaluables. Además, se incluye un Plan de viabilidad, como pide también el apartado 18; en él figura un epígrafe 4 titulado “Criterios valorables en cifras y porcentajes” con cinco subepígrafes, cada uno de ellos dedicado a uno de las citadas cinco magnitudes y conteniendo una explicación de lo ofertado. Este contenido satisface formalmente el requerimiento documental establecido en el modelo de oferta (Anexo II del PCAP) y el apartado 18 del Anexo I del PCAP y, desde ese mismo punto de vista exclusivamente formal, razona y justifica “debidamente” las magnitudes valoradas. Por la propia naturaleza del criterio de adjudicación, configurado con carácter firme como automático, no cabe que el poder adjudicador, y mucho menos este OARC / KEAO o el recurrente, incidan en el alcance material de dicha justificación o razonamiento emitiendo juicios discrecionales al respecto, por muy atinados que pudieran ser.

- e) Sobre el error aritmético en la puntuación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor

Tal y como reconocen BPX y el poder adjudicador, debe aceptarse la alegación del recurrente de que existe un error aritmético o material en las puntuaciones



de BPX y KIROLZER en aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor (sobre B). Concretamente, se atribuyen 31, 30 puntos a BPX y 43,75 puntos a KIROLZER, cuando corresponderían 29,50 puntos a BPX. y 42,50 puntos a KIROLZER; el error se debe a que se ha trasladado incorrectamente a la suma final la puntuación otorgada en el criterio “Propuesta organizativa y planificación operativa”. No obstante, la corrección del error no alteraría la clasificación final de las ofertas.

f) Conclusión

A la vista de todo lo anterior, el recurso debe desestimarse, sin perjuicio de la corrección del error aritmético al que se refiere la letra e) anterior, en los términos establecidos en el artículo 109.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común.

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 KIROLZER, S.L., contra la adjudicación del contrato “Concesión de servicios de la gestión integral de las instalaciones municipales de Tolosa”, tramitado por el Ayuntamiento de Tolosa.



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: 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 de la LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) de la LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2022ko uztailaren 5a

Vitoria-Gasteiz, 5 de julio de 2022