



EB 2022/167

Resolución 023/2023, de 7 de febrero, 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 FUNDACIÓN HARRIBIDE contra la adjudicación del contrato “Servicio de impartición de cursos y talleres para el aprovechamiento del tiempo libre”, tramitado por el Ayuntamiento de Etxebarri.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 20 de octubre 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 FUNDACIÓN HARRIBIDE contra la adjudicación del contrato “Servicio de impartición de cursos y talleres para el aprovechamiento del tiempo libre”, tramitado por el Ayuntamiento de Etxebarri.

SEGUNDO: El día 28 del mismo mes el 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 el día 2 de noviembre.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el 4 de noviembre se recibieron las alegaciones de la empresa ARTEAN ARTE 2008, S.L. (en adelante, ARTEAN), adjudicataria impugnada, el 11 del mismo mes.



Nahi izanez gero, J0D0Z-T4BNR-3MMP bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: <https://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T4BNR-3MMP en la sede electrónica <https://euskadi.eus/localizador>



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de R.S.M. 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 que tienen por objeto servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 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 Etxebarri tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Alegaciones de la recurrente

La recurrente alega, en síntesis, lo siguiente:

- a) Los criterios de adjudicación distan mucho de cumplir con lo establecido en la LCSP, pues se incluye uno sujeto a juicio de valor (Mejora) en el sobre número 3 relativo a los criterios a valorar mediante fórmula. Se trata de un criterio que debía valorarse junto con el resto de criterios subjetivos del sobre número 2.
- b) Sin embargo, y dado que los pliegos lo consideraron un criterio de carácter automático, debió ser valorado de forma objetiva y automática, por lo que la recurrente tuvo que obtener los 11 puntos por ser la única licitadora que presentó dichos cursos como mejora. Esto es, si no se presentan cursos no se obtiene ningún punto y si sí se ofertan, se logra la totalidad de los puntos (11).
- c) Finalmente, se solicita la declaración de nulidad de la adjudicación del contrato y de adjudicataria a la recurrente.

SÉPTIMO: Alegaciones de ARTEAN

El adjudicatario impugnado alega que no procede, una vez perdida la licitación, protestar contra lo previsto en los pliegos y más sin haber realizado consulta previa alguna.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

- a) El planteamiento que realiza la recurrente sobre que debió obtener los 11 puntos del criterio por los cursos por el mero hecho de ser la única licitadora que los presentó desvirtúa la propia realidad del criterio, pues llevado dicho



planteamiento al extremo la presentación de un solo curso conllevaría la obtención de la totalidad de los puntos. Esta interpretación es contraria a la propia propuesta de HARRIBIDE, ya que ha ofertado una propuesta con 22 cursos.

b) La valoración del técnico informante ha sido congruente con los aspectos a valorar y que se encuentran definidos en el propio criterio de adjudicación.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurso alega que:

- (i) El criterio de adjudicación que se valorará como mejora y que ha de incluirse en el sobre relativo a los criterios automáticos no tiene tal carácter, por cuanto que su valoración depende de juicios de valor y, por lo tanto, debió incluirse en el sobre relativo a los criterios sujetos a valoración subjetiva.
- (ii) La oferta de la recurrente debió obtener la totalidad de los puntos de dicho criterio por ser la única licitadora que presentó propuesta a dicho criterio.

El análisis de los motivos de la impugnación debe partir del contenido de los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación y vinculan al poder adjudicador y a los licitadores por haber adquirido firmeza al no haber sido impugnados en tiempo y forma. En particular, es especialmente relevante para la resolución del recurso el siguiente apartado:



PCAP

**ANEXO XII CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN OBJETIVOS
SUJETOS A EVALUACIÓN POSTERIOR (SOBRE 3)
(Especificar para cada lote, en su caso)**

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN		PONDERACIÓN
1	Criterio: Criterio que depende de un juicio de valor. Se valorará como mejora (hasta 11 puntos) la propuesta de cursos adicionales que no se hayan ofertado anteriormente en el ayuntamiento de Etxebarri y aporten un valor añadido a la oferta de cursos inicialmente diseñada y en los que se motive que la impartición va a tener demanda social. Documentación: Propuesta de cursos.	11 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 del OARC / KEAO sobre la viabilidad de la pretensión del recurso.

a) Sobre la aplicación del criterio de adjudicación relativo a la propuesta de cursos adicionales

El recurrente solicita fundamentalmente que se le otorgue la totalidad de los puntos del criterio de adjudicación más arriba transcrito. A juicio de este Órgano, este motivo de recurso debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) El criterio de adjudicación cuya aplicación se debate está calificado en los pliegos como “objetivo sujeto a valoración posterior”, es decir, que su evaluación se producirá después de la de los criterios sujetos a juicio de valor, como corresponde a los criterios sujetos a evaluación mediante una fórmula; sin embargo, tanto la calificación del criterio (“Criterio que depende de un juicio de valor”) como su configuración (como se explicará en el apartado 2) siguiente) lo sitúan como un criterio cuya aplicación requiere de apreciaciones subjetivas. No obstante, nos encontramos ante unos pliegos que, siendo susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes e inatacables por la vía del recurso especial una vez que este no se ha interpuesto en el plazo previsto para ello, de modo que sus prescripciones pasan a regir la licitación vinculando a los participantes en



ella y al poder adjudicador, que no pueden desconocerlos. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) impide a este Órgano emitir pronunciamiento alguno sobre su validez, pues los pliegos no han sido impugnados por el recurrente mediante el llamado “recurso indirecto” (ver, por ejemplo, la Resolución 96/2021 del OARC / KEAO).

- 2) El recurrente alega la incorrecta aplicación del criterio debatido, fundamentándolo en que, dada su ubicación como criterio automático, así debió valorarse, esto es, de forma automática y sin incluir apreciaciones subjetivas. Este razonamiento no puede ser aceptado, pues más allá de su más que defectuosa ubicación sistemática (pero consentida por firme al no haber sido recurrida), no puede dudarse de su clara naturaleza de criterio sujeto a juicio de valor. Así, se observa que incluye en su configuración al menos dos circunstancias de apreciación subjetiva, necesarias para su aplicación: (i) que ofrezca valor añadido a la oferta existente; y (ii) que se motive que existe una demanda social efectiva para el mismo o mismos.
- 3) Llegados a este punto, y descartado el carácter automático del criterio debatido, debe analizarse si su aplicación como criterio subjetivo ha sido ajustada a derecho. Al respecto, debe recordarse la constante doctrina de este Órgano (ver, por ejemplo, la Resolución 78/2022) en la que se manifiesta que, en virtud de la discrecionalidad técnica, el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación de apreciación subjetiva, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto. En cambio, sí debe 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 209/2019). 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.

- 4) Una vez delimitado así el alcance del control que este OARC/KEAO puede ejercer, y contrastados los citados principios con el supuesto analizado, se considera que, en términos globales, el poder adjudicador ha hecho un uso correcto de la discrecionalidad técnica, con un informe técnico conocido por el recurrente que sustenta adecuadamente la motivación del acto impugnado. Frente a ello, no se ha acreditado que se haya incurrido en infracción de ningún principio básico de la LCSP; en especial, no se ha probado que la valoración se haya producido en perjuicio de la igualdad de trato ni que la evaluación no haya respetado el contenido de los criterios de adjudicación previamente fijados. En particular, se observa que en el informe técnico no ha infringido el fondo parcialmente reglado del criterio y razona en consecuencia porque se van a valorar determinados cursos y otros no; debe tenerse en cuenta que el criterio no solo no exige que la mejor o única oferta obtenga la máxima puntuación posible, sino que expresamente admite lo contrario, como se deduce de la expresión “hasta 11 puntos”).



5) Finalmente, y dado que no nos hallamos ante un criterio automático, el evaluador no está obligado a seguir una regla de proporcionalidad ni ningún otro baremo matemático, si bien sí debe justificar, como lo ha hecho en este caso, la razón a la que obedece la puntuación otorgada (ver, por ejemplo, la Resolución 24/2020 del OARC / KEAO). Téngase en cuenta que siempre que la regla o sistema de evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor no se haya expresado en los pliegos de la licitación, los órganos encargados de la evaluación de los criterios de adjudicación deben disponer de cierta libertad para llevar a cabo su misión y, por ello, sin modificar los criterios de adjudicación establecidos en el pliego y anuncios ni su ponderación, poder estructurar su propio trabajo de examen y análisis de las ofertas presentadas (ver, en este sentido la Resolución 11/2019 del OARC / KEAO y la jurisprudencia del TJUE en ella citada).

b) Conclusión

En consecuencia, procede la desestimación íntegra del recurso.

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 interpuesto por la FUNDACIÓN HARRIBIDE contra la adjudicación del contrato “Servicio de impartición de cursos y talleres para el aprovechamiento del tiempo libre”, tramitado por el Ayuntamiento de Etxebarri.



SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto 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 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 otsailaren 7a

Vitoria-Gasteiz, 7 de febrero de 2023