



EB 2017/018

Resolución 041/2017, de 24 de marzo de 2017, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por BXPOR KIROL ZERBITZUAK, S.L.U. frente a la adjudicación del contrato de “Servicios de socorrismo acuático, servicio de recepción, y servicio de ejecución de programas de actividad física a desarrollar en el polideportivo municipal de Zaldupe en Ondarroa”, tramitado por el Ayuntamiento de Ondarroa.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 30 de enero de 2017 tuvo entrada 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 BXPOR KIROL ZERBITZUAK, S.L.U. (en lo sucesivo, BXPOR) frente al Decreto de Alcaldía 1266BIS/2016 de adjudicación del contrato de “Servicios de socorrismo acuático, servicio de recepción, y servicio de ejecución de programas de actividad física a desarrollar en el polideportivo municipal de Zaldupe en Ondarroa”, tramitado por el Ayuntamiento de Ondarroa.

SEGUNDO: El mismo día de su interposición se trasladó el recurso al poder adjudicador y se le solicitó el envío del expediente y del informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), documentos que se recibieron el día 3 de febrero de 2017.



TERCERO: El día 6 de febrero se trasladó el recurso a los interesados en el expediente, sin que en el plazo otorgado se recibiera alegación alguna.

CUARTO: En el recurso BXPOROT solicita que, de conformidad con el artículo 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por el Real Decreto 815/2015 (en lo sucesivo, RPERMC), se le dé acceso a la oferta de JASO KIROL ZERBITZUAK, S.L. (en adelante, JASO), adjudicatario impugnado.

Por este motivo, el día 1 de marzo de 2017 este OARC / KEAO comunicó a JASO que en el plazo más breve posible indicara qué documentos de su oferta técnica consideraba confidenciales, justificándolo motivadamente.

En respuesta a la solicitud, el 3 de marzo de 2016 JASO remite un escrito que en sus manifestaciones Segunda y Tercera afirma lo siguiente:

«Segunda.- De acuerdo con lo manifestado, si bien esta parte, no puede oponerse frontalmente a que a la recurrente se le pueda dar vista de los apartados del proyecto en el que sospechen que pueda haber una referencia a aspectos económicos del mismo (fundamento esencial del recurso), entendemos que ello debe permitirse con claras restricciones. Esto es, siempre y cuando no se les facilite copia de nuestro proyecto, evidentemente. Se trata de una cuestión en modo alguno baladí, ya que el acceso de la empresa recurrente a cualquiera de los aspectos técnicos o comerciales del proyecto, y teniendo en cuenta que ambas empresas coincidimos, en distintas licitaciones, y en diferentes municipios, es susceptible de colocar a JASO KIROL ZERBITZUAK en una situación de desventaja en la concurrencia de nuevos proyectos, que nos causarían un patente y grave perjuicio. Es por ello, que la determinación de aquellas partes de nuestro proyecto que entendemos, deben ser protegidas y preservadas por razones de confidencialidad, se deviene, ya que cualquier aspecto técnico del proyecto se encuadra en el ámbito de la competencia empresarial directa con la recurrente.



Tercera.- Por lo expuesto solicitamos a este órgano administrativo que fija, como límite para la vista del proyecto, que ésta se limite a la lectura vigilada por funcionario imparcial, junto con un representante de JASO KIROLO ZERBITZUAK, S.L., y se incida en el acceso el menor tiempo posible a aspectos técnicos y comerciales del proyecto, todo ello con el fin de que el derecho de esta parte a la propiedad intelectual o industrial del proyecto, no se vea menoscabado por el derecho de acceso de la recurrente a las vista del mismo.»

Mediante la Resolución ES 02/2017, de 6 de marzo de 2017, este OARC / KEAO resolvió dar acceso a la documentación del proyecto técnico de JASO, acceso que tuvo lugar el día 8 de marzo de 2017, según consta en la diligencia expedida al efecto.

El día 13 de marzo de 2017, BXPORT presentó un escrito de ampliación de su recurso, que fue trasladado al día siguiente al Ayuntamiento de Ondarroa y a JASO, como adjudicatario impugnado.

El 16 de marzo tuvo entrada un escrito de JASO solicitando la vista del expediente, por lo que el mismo día se envió a BXPORT un correo electrónico en el que se le solicitaba que indicaran en el plazo más breve posible qué documentos de su oferta técnica consideraban confidenciales, justificándolo motivadamente. En respuesta a la solicitud, el recurrente remite el día 21 de marzo un escrito con la indicación de los documentos que considera confidenciales, y el mismo día se recibe un escrito de JASO con sus alegaciones al escrito de BXPORT que completa el recurso inicial. Examinadas las alegaciones de JASO, este OARC / KEAO considera innecesaria la concesión de la vista del expediente, porque tal negativa no le produce ningún tipo de indefensión real o material.

El día 20 de marzo se recibió el informe de Ayuntamiento de Ondarroa frente al escrito que completa el recurso.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de don B. B.P. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 del TRLCSP son susceptibles de recurso especial, los contratos de servicios cuyo valor estimado sea superior a 209.000 euros.

TERCERO: El artículo 40.2. c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso «Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.» El acto recurrido es el Decreto de Alcaldía 1266BIS/2016 de adjudicación del contrato.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Ondarroa tiene la condición de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

SEXTO: Expuesto en síntesis, el recurso se fundamenta en los siguientes argumentos:

a) BXPOR denuncia que en el sobre “B” de JASO, cuya valoración depende de un juicio de valor, se pone de manifiesto que regalará una bolsa de horas. Si bien no establece cuántas horas, anticipa que va a proponer una bolsa de horas, por lo que está proporcionando información relativa al aspecto económico, evaluable mediante fórmula, en la documentación cuya valoración depende de un juicio de valor. Fundamenta su reclamación en que el artículo 150.2 del TRLCSP establece la valoración separada de los criterios evaluados mediante juicios de valor y los valorados mediante fórmulas



b) En segundo lugar, denuncia incongruencias entre las valoraciones descritas por el técnico de deporte que evalúa los proyectos y la puntuación que se le otorga, en los siguientes aspectos:

- Subapartado 1 del apartado B.1 “Jarduera fisikoko programak gauzatzea”.
- Subapartado 3 del apartado B.1 “Jarduera fisikoko programak gauzatzea”.
- Apartado B.2 “Jarduera osagarrien proposamena”.
- Apartado B.3 “Langileak”
- Subcriterio 1 del criterio B.4 “Hobekuntzak”.
- Subcriterio 2 del criterio B.4 “Hobekuntzak”.
- Subcriterio 3 del criterio B.4 “Hobekuntzak”.

En este motivo de impugnación reprocha la infracción del principio de igualdad de trato de los artículos 1 y 139 del TRLCSP.

c) Solicita la exclusión de JASO del procedimiento de licitación y se proceda a la adjudicación de contrato a BXPOR, y, subsidiariamente, se produzca la retroacción del procedimiento hasta la apertura del sobre relativo a los criterios sujetos a juicio de valor, para que se realice una valoración correcta.

SÉPTIMO: En el informe al recurso, el poder adjudicador alega que:

a) Valoración separada. A ninguno de los proyecto se le ha otorgado en el informe técnico ninguna puntuación “influenciada” por la bolsa de horas.

b) Principio de igualdad de trato.

- La puntuación otorgada en cada subapartado se puso en conocimiento de la empresa BXPOR en la reunión de 13 de enero de 2017.
- Las valoraciones recibidas por el adjudicatario impugnado y por el recurrente se corresponden con la puntuación obtenida.



OCTAVO: Expuesto en síntesis, JASO en sus alegaciones al escrito complementario al recurso manifiesta que:

a) El recurrente confunde lo dispuesto en el apartado 17.2 C.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que establece la posibilidad de poner una bolsa de horas de hasta 200 horas anuales a disposición del contrato, con el hecho de que JASO anticipa como mejora que va a regalar una bolsa de horas diferenciadas, que no supone en modo alguno una anticipación de información relativa al aspecto económico. El recurrente pudo comprobar en el acceso al expediente que no existe anticipación alguna de aspectos de la fase económica. Expone sus sospechas de que la actuación del recurrente responde a razones de tipo comercial para eliminar a un competidor, mediante la vista y estudio de su proyecto y de los aspectos comerciales y de propiedad industrial contenidos en el mismo, y conseguir una posición dominante en la prestación de servicio deportivos en contratas públicas del territorio de Gipuzkoa, como prácticamente tiene ya de hecho.

b) En cuanto a las incongruencias de las valoraciones que realiza la Directora del Polideportivo, entiende que el recurrente no hace otra cosa que emitir juicios de valor y opiniones subjetivas en relación a las valoraciones que le resultaron perjudiciales. Alude al uso de la discrecionalidad técnica en la elaboración de informes, que apoya con las sentencias del Tribunal Constitucional 219/2004 y 39/1983, del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2000 y 24 de julio de 2012, y la Resolución 90/2013 de este OARC / KEAO. Afirma que lo que pretende BXPOR es sustituir la labor técnica evaluadora del órgano calificador por otra evaluación alternativa y parcial propia.

Concluye que el informe técnico satisface plenamente la exigencia de la motivación, porque hace alusión a las concretas características y ventajas o desventajas de las ofertas presentadas que han determinado la atribución de puntuaciones.



c) En su alegación Cuarta, Quinta, Sexta, Séptima y Octava JASO rebate los argumentos de BEXPORT sobre los aspectos de la puntuación del informe que se recogen en el Fundamento de Derecho Sexto b) de la presente Resolución.

NOVENO: El primer motivo de impugnación se refiere al posible desvelo del secreto de la oferta de JASO, al anticipar en su proyecto que va a proponer una bolsa de horas.

La cláusula 17.2 del Pliego PCAP, prevé entre los criterios de apreciación automática:

«C.2 PROPUESTA DE BOSA DE HORAS ANUALES

Son considerada como bolsas de horas, aquellas que la empresa licitadora, sin contraprestación económica, ponga a disposición de la Dirección del Polideportivo para reforzar o realizar servicios en aquellos momentos que desde esa última se considere de interés.

La solicitud de eses horas se realizará en cualquier momento a lo largo del año, pudiéndose distribuir de forma desigual y fraccionada.

La bolsa de horas se utilizará para la realización de programas de actividad física servicios de preparación y socorrismo indistintamente.

Se valorará con un máximo de 40 puntos

La mejora se valorará con:

0,20 puntos por hora, hasta un máximo de 200 puntos.»

De forma preliminar, se ha de poner de manifiesto que el criterio no ha sido impugnado y los pliegos rectores de un procedimiento de adjudicación son ley del contrato (en el sentido de que rigen la licitación), de modo que hay que aplicarlos en su integridad si no han sido recurridos por las partes (Resolución 92/2013) o de sus cláusulas no se deriva un vicio que haga que los actos sucesivos derivados incurran, necesariamente, en arbitrariedad (Resolución 123/2013).



El motivo de impugnación es la infracción del artículo 150.2 TRLCSP, que establece la valoración separada de los criterios sujetos a fórmulas y la de los que se evalúan mediante apreciación subjetiva, así como del artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que requiere que «la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos.»

En la Resolución 35/2017 se manifiesta que « Este OARC / KEAO ha establecido en anteriores ocasiones (ver, por ejemplo, las Resoluciones 100/2013, 77/2014 y 49/2016) su criterio sobre la exigencia de valoración separada de los criterios sujetos a fórmulas y los evaluables tras un juicio subjetivo, señalando que su finalidad es garantizar la objetividad en la aplicación de los segundos, la cual se podría ver comprometida si quien tiene que configurarla conoce datos relativos a los criterios automáticos, pues en ese caso se posibilitaría una valoración que compensara en favor o perjuicio de alguna oferta las puntuaciones resultantes de dicha evaluación. El sistema anula también el denominado “efecto halo” al separar la valoración de cada tipo de criterio, impidiendo, por ejemplo, que el personal que efectúa el informe técnico tienda a sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este epígrafe de valoración porque sabe que también es la más barata. A la vista de esta finalidad, es desproporcionado excluir a un licitador porque ha introducido en el sobre correspondiente a los criterios discrecionales cualquier información relacionada indirecta o remotamente con los criterios matemáticos cuando ello no conlleva, materialmente, una vulneración efectiva de la objetividad que la norma pretende garantizar.»

Llegados a este punto, este OARC / KEAO entiende que en este caso no hay infracción material del principio de valoración separada porque en la información que supuestamente lo infringe no se adelanta el contenido de la oferta en lo referido a los criterios sujetos a evaluación mediante fórmula. El hecho de que el licitador anuncie en el sobre “B” (juicios de valor) que va a proponer una bolsa de horas que se valoran mediante una fórmula no supone ningún desvelo del secreto de la oferta. Si entre los criterios que requieren un



juicio de valor se valoran programas, proyectos de actividades, mejoras, etc. propuestas en el proyecto técnico, es lógico que en éste se indique qué partes se realizarán acudiendo a la bolsa de horas, sin que ello implique desvela el número de horas destinado, en cuyo caso sí se estaría desvelando el secreto de la oferta.

En consecuencia, no puede acogerse el motivo de impugnación.

DÉCIMO: En segundo lugar, el recurrente reprocha que el informe de propuesta de adjudicación elaborado por la Directora del Polideportivo vulnera el principio de igualdad de trato de los artículos 1 y 139 del TRLCSP.

Si se examina en este aspecto el escrito del BXPORT emitido tras el acceso al expediente del artículo 29.3 del RPERMC, se observa que buena parte de su argumentación está basada en rebatir las afirmaciones y valoraciones realizadas por la Directora del Polideportivo en su informe de 19 de diciembre de 2016, críticas que van acompañadas de textos de la oferta de su competidor y de la suya propia, que pretende acreditar que su oferta no está correctamente valorada, lo que es contrario al principio de igualdad de trato.

No obstante, se debe partir de la premisa de que BXPORT en su recurso inicial únicamente impugnó el primer motivo referente a la vulneración del secreto de las ofertas que contiene el artículo 150.2 del TRLCSP, basándose en la sospecha de que en el proyecto ganador pudiera haber referencias al aspecto económico de la oferta, que deberían provocar la exclusión del adjudicatario. Por otra parte, también se debe tener en cuenta que el recurrente, como así lo reconoce él mismo y queda de manifiesto en el informe al recurso del poder adjudicador, tuvo acceso al expediente el día 13 de enero de 2017, al que acudió con una copia del informe técnico de 19 de enero de 2016, donde la Directora del Polideportivo le ofreció las explicaciones precisas sobre:

«- Txosten teknikoaren balorazioa berrikusi zen atalez atal, baloratutako puntu guztien zergatia argudiatu zizkien Zuzendariak.

- Atal bakoitzeko puntuazioa banakatuz.



- Aurkeztutako zalantzei ere argibideak emanez.
- Beste enpresari (Jaso Zerbitzuak) kiroldegiko zuzendariak egindako baloraziori buruz eskatu zuten azalpenak ere eman zitzaien (eskatutako txosten teknikoaren atal guztiei buruz).»

Por tanto, el recurrente tuvo conocimiento de las características y ventajas de la proposición del adjudicatario y de las razones por las que se desestimaba su candidatura, tal y como exige en artículo 151.4 del TRLCSP como motivación de la adjudicación del contrato; de forma que si pese a ello no estaba conforme con la adjudicación el contrato a su competidor, nada le impidió formular un recurso especial contra dicha decisión que, en su caso, hubiera podido completar tras el acceso al expediente.

La puesta de manifiesto del expediente que prevé el artículo 29.3 del RPERMC se contempla como un trámite complementario, que se otorga a criterio del órgano de resolución del recurso, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe al recurso, cuando el recurrente hubiera solicitado el acceso al expediente de contratación y el órgano de contratación se lo hubiera denegado. En el caso que nos ocupa es cierto que el poder adjudicador negó al recurrente el acceso al proyecto técnico de su competidor, y que este OARC / KEAO mediante Resolución ES 02/2017, de 6 de marzo de 2017, le dio acceso a dicho proyecto, tal y como consta en la diligencia expedida al efecto el día 8 de marzo de 2017; sin embargo, no es menos cierto que dicho trámite se otorgó ante la sospecha del recurrente de que la propuesta rival tenía en su proyecto técnico datos referentes a la bolsa de horas que era objeto de valoración mediante una fórmula, sospecha que como se ha visto era infundada.

BXPORT en el escrito que completa el recurso, además de reiterar sus argumentos sobre el desvelo del secreto de la oferta por JASO de forma poco convincente, reconociendo que no contiene una oferta concreta de horas, incluye cuestiones nuevas sobre la motivación y las valoraciones del informe emitido por la Directora del Polideportivo que no figuraban en el recurso inicial.



A este respecto, este Órgano considera que no es admisible que el trámite de puesta de manifiesto del expediente, además de completar el recurso, sirva para ampliar los motivos de impugnación, ya que el plazo de presentación del recurso es preclusivo debido a la propia naturaleza del recurso y debe ser instrumento de protección y garantía de los derechos los licitadores, con el doble objetivo de hacerlo eficaz con respecto a los recurrentes y de no obstaculizar de forma innecesaria la contratación como instrumento de satisfacción de necesidades de interés público (Resolución 086/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con cita de la Resolución 5/2011 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón). Admitir ahora la impugnación de la adjudicación del contrato basándose en el desacuerdo del recurrente con el contenido del informe de valoración de los criterios que requieren un juicio de valor, supondría ampliar el plazo de presentación del recurso en contra del principio de igualdad de trato.

En definitiva, debe inadmitirse el recurso en su segunda impugnación sobre incongruencia entre las valoraciones escritas y la puntuación obtenida.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP 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, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por BXPOR KIROL ZERBITZUAK, S.L.U. frente al Decreto de Alcaldía 1266BIS/2016 de adjudicación del contrato de “Servicios de socorrismo acuático, servicio de recepción, y servicio de ejecución de



programas de actividad física a desarrollar en el polideportivo municipal de Zaldupe en Ondarroa”, tramitado por el Ayuntamiento de Ondarroa.

SEGUNDO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, a la vista de lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

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

QUINTO: 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 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2017ko martxoaren 24a

Vitoria-Gasteiz, 24 de marzo de 2017