



EB 2023/249

Resolución 096/2024, de 24 de mayo, 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 Asociación Española de Empresarios de Servicios Deportivos a las Administraciones Públicas (AEESDAP) contra los pliegos del contrato “Gestión de las instalaciones deportivas municipales de Tolosa”, tramitado por el Ayuntamiento de Tolosa.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 11 de diciembre de 2023, se interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Asociación Española de Empresarios de Servicios Deportivos a las Administraciones Públicas (AEESDAP) contra los pliegos del contrato “Gestión de las instalaciones deportivas municipales de Tolosa”, tramitado por el Ayuntamiento de Tolosa.

SEGUNDO: El mismo día 11 de diciembre se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió en el registro del OARC / KEAO el día 15 de diciembre.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la representación de S.M.R. para actuar en nombre de la recurrente, así como la legitimación para recurrir habida cuenta que se trata de una entidad constituida para defender los intereses colectivos de las empresas que operan en el ámbito de la actividad del contrato impugnado.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 c) de la LCSP, 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

Conforme al art. 44.2.a) de la LCSP son actos impugnables los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

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 Tolosa tiene la condición de poder adjudicador, concretamente de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Argumentos del recurso

Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) No existe en el expediente justificación alguna de los aspectos referidos en el art. 116.4, sobre todo en lo concerniente a los criterios de adjudicación, ni en el referido en el 146.2 (fórmula económica). La falta de dicha justificación supone un incumplimiento de lo establecido en la LCSP e indefensión para los licitadores frente al mecanismo que va a ser empleado para adjudicar el contrato en cuanto a que no pueden comprobar la existencia de vicios de nulidad en lo relativo a los elementos comentados. Así, dentro de los criterios de valoración automática:

- En relación con el criterio “Factores medioambientales en la limpieza de las instalaciones”, no se ha establecido por qué el uso de jabones que posean ecoetiqueta, o papel higiénico y bolsas de basura recicladas, o el uso de trapos de limpieza de microfibra en lugar de otros, por ejemplo, de fibras naturales recicladas, mejoran la calidad de los servicios prestados a los usuarios de las instalaciones deportivas o redundan en un mejor estado de conservación y limpieza de las instalaciones, frente al uso de otros productos equivalentes de primera calidad, pero que no cumplan con dichas especificaciones. Por su parte, en lo concerniente al “Plan de gestión medioambiental”, se apunta la existencia de una importante indefinición del criterio. Por otro, se exige que dicho plan incluya medidas que resulten positivas para el propio plan (¿un plan cuya aplicación es positiva para el propio plan?), aspecto del todo incoherente. Además, nos encontramos ante un criterio objetivo, lo cual hace del todo improcedente una posible valoración (que debería ser realizada por un especialista en la materia) al respecto de las posibles medidas que las empresas puedan ofrecer en dicho plan, a los efectos de otorgar la puntuación establecida, puesto que estaríamos ante un juicio de valor contrario a la propia naturaleza del criterio.
- En lo que respecta al criterio “Eficiencia energética y gestión medioambiental”, que es un criterio automático, los licitadores deben proponer medidas



concretas que redunden en beneficio del medio ambiente (...), otorgándose un punto por cada 2.500€ de valoración económica de la medida, siempre y cuando la medida sea “clara”, “concreta” e “idónea”, aspecto que requiere cuanto menos un juicio de valor por parte de un técnico especializado en la materia (sobre todo en cuanto a su idoneidad) lo que requiere de una valoración subjetiva previa para aprobar la propuesta realizada por el licitador y otorgar así puntos en función de la regla establecida.

- En lo relativo al criterio “Existencia de convenios o planes de contratación”, tampoco se ha establecido cómo la contratación de personas con discapacidad o personas del sexo femenino para cubrir necesidades de personal en la plantilla que presta servicio mejoran la calidad de los servicios prestados a los usuarios de las instalaciones deportivas o redundan en un mejor estado de conservación y limpieza de las instalaciones frente a la contratación de otras personas perfectamente cualificadas y ampliamente experimentadas.

b) La cláusula 12 del anexo I al PCAP, relativa a “Concreción de las condiciones de solvencia” es abusiva e improcedente por cuanto establece una obligación contractual para el futuro contratista consistente en hacerse cargo de determinados gastos de explotación cuya responsabilidad inicial recae sobre la propia entidad contratante, para el caso en que el que, por causas ajenas al Ayuntamiento, no se pueda prestar el servicio, siendo ello así aunque la causa que motive la no prestación del servicio no sea imputable a la adjudicataria. La absoluta falta de inclusión en el presupuesto base (y valor estimado) de partida presupuestaria que permita dar cumplimiento a esta obligación contractual, supone un incumplimiento de lo establecido en el art. 101.2 y 102.3 de la LCSP. Además, si bien es cierto que el contratista debe asumir el necesario riesgo y ventura inherente a cualquier contrato de servicios, la absoluta falta de previsión en el presupuesto base (PBL) de ninguna partida relativa a luz, gas o agua y la elevada magnitud que dichas partidas suponen respecto del presupuesto base establecido, hacen que desaparezca cualquier tipo de “ventura” en la ejecución del contrato, existiendo solo riesgo y en una magnitud desproporcionada.



c) Se trata de un contrato de servicios donde se realizan una gran cantidad de actividades absolutamente distintas en 4 instalaciones deportivas distintas y la memoria explicativa se limita a exponer la idea de que el contrato comprende actividades que se deben prestar en el mismo espacio físico (aspecto completamente contrario a lo establecido en el propio pliego, que contempla un mínimo de 4 instalaciones distintas), sin entrar en ningún tipo de justificación, y no se explica por qué tener una única empresa resulta más eficiente que tener a varias empresas especializadas para las diferentes actividades o grupo de actividades, aprovechándose así de la especialización de cada una de ellas y las posibles economías de escala y descuentos específicos en el sector.

d) Finalmente, se solicita que se declare la nulidad o, subsidiariamente, anule los pliegos y el procedimiento de licitación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El Ayuntamiento de Tolosa se opone a la estimación del recurso por las siguientes razones:

a) El objeto del contrato es la gestión de las instalaciones deportivas municipales. Es decir, el contrato no tiene por objeto únicamente la realización de actividades deportivas o de ocio en general, sino que es el propio contratista quien se encarga de la gestión de las instalaciones deportivas en su conjunto, incluyendo, por tanto, los edificios y su mantenimiento. En lo concerniente a los criterios de adjudicación impugnados:

- Dentro del valor estimado (y del precio de licitación) existen conceptos que no sólo se refieren a los salarios por el desarrollo de actividades lúdico/deportivas, sino que se incluyen además conceptos por el mantenimiento, suministros y aprovisionamientos para las instalaciones, en el que figura una partida referida a productos de limpieza.



- En el criterio de adjudicación referido a la eficiencia energética y gestión medioambiental no sólo va a redundar en una mejora medioambiental, sino que va a permitir a la empresa conseguir una mayor puntuación en los estándares de calidad y, por tanto, una mayor parte del beneficio variable.
- Respecto a la existencia de convenios o planes de contratación, el artículo 145.2. 1º LCSP cita entre los criterios de adjudicación relativos a la calidad de las ofertas los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y en Guía para incorporar la perspectiva de género en las actuaciones financiadas en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia dirigida a las Administraciones Públicas, se recomienda incluir cláusulas que premien la excelencia en materia de igualdad, como la elaboración y registro de planes de igualdad de empresas no obligadas a ello.

b) En lo que respecta al abono de los suministros en el caso de no prestarse el servicio, es el Ayuntamiento quien se hará cargo de los gastos ocasionados como consecuencia de los suministros de agua, gas y electricidad de las instalaciones objeto del contrato y, sólo en el caso de que por causas ajenas al Ayuntamiento no se prestara el servicio objeto del contrato, será la adjudicataria la que tenga que asumir los costes derivados de dichos suministros por el tiempo en que no se preste el servicio. Con la intención de la recurrente el Ayuntamiento se debe convertir en garante universal y en pagador de todos los gastos, aun en el caso de que el contratista no ejecute el servicio por causa imputable a él, es decir, los gastos los asume el Ayuntamiento y el beneficio lo recibe la contratista.

c) Con el recurso a la no división del contrato en lotes, lo que pretende la recurrente es que por cada una de las instalaciones se configure un lote independiente en la licitación y es que parece obviar la necesaria unidad funcional y operativa que existe entre las diversas partes del contrato. Según el criterio de la recurrente, en un contrato de limpieza viaria habría que hacer tantos lotes como calles o manzanas hubiera en una localidad, lo que a simple vista es ridículo y contrario a los principios de eficiencia en el gasto público.



OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, se impugna (i) falta de justificación y relación con la calidad de varios criterios de adjudicación e indefinición del referido “Plan de gestión medioambiental”, (ii) criterios automáticos que requieren de un juicio de valor previo, (iii) cláusula relativa a la concreción de las condiciones de solvencia abusiva e improcedente y (iv) improcedencia de la no división en lotes del contrato.

El examen de los motivos que sustentan la pretensión debe partir de las cláusulas del PCAP impugnadas:

PCAP

ANEXO I

CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

1.- Definición del objeto del contrato: (Cláusulas 5 y 39)

Gestión de las instalaciones deportivas municipales de Tolosa	
CPV	92610000-0 Servicios de explotación de instalaciones deportivas

Es el objeto de este contrato la gestión de las instalaciones deportivas municipales de Tolosa para la prestación de servicios deportivos de competencia del Ayuntamiento, de acuerdo con lo dispuesto en el pliego de prescripciones técnicas particulares. Dichas instalaciones están compuestas por el complejo polideportivo Usabal, el estadio Berazubi (excepto el campo de hierba natural y la sede social del Tolosa CF y algunos almacenes), el frontón Beotibar y el frontón Uzturpe.

Dado el objeto del contrato, en el que se requiere una actuación completa, y tomando en consideración que todas las actividades y trabajos objeto del mismo van a desarrollarse en un mismo espacio físico e incluso temporal, no resulta adecuado dividir en lotes el mismo, por cuanto la realización independiente de diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultaría la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico. Asimismo, existe una necesaria coordinación en la ejecución de diversas prestaciones del contrato y que en el caso de su división en lotes, conllevaría la imposibilidad de su realización, o cuanto menos, colisionaría con los principios de una actuación eficiente, transparente e íntegra.

(...)

12.- Concreción de las condiciones de solvencia. (Cláusula 17 y 28)

(...)

c) Suministros

Conforme a lo recogido en el estudio económico que sirve de referencia para la obtención de todas las magnitudes económicas de este contrato y que forma parte inseparable de la documentación del mismo, es el Ayuntamiento de Tolosa quien se hará cargo de los gastos ocasionados como consecuencia de los suministros de agua, gas y electricidad de las instalaciones objeto del contrato. Si por causas ajenas al Ayuntamiento no se prestara el servicio objeto del contrato, será la adjudicataria la que tenga que asumir los costes derivados de dichos suministros por el tiempo en que no se preste el servicio. El resto de suministros (teléfono, internet, etc.) serán, en todo caso, por cuenta de la adjudicataria.



19.2.- Criterios valorables en cifras o porcentajes: 51 puntos.

Criterio	Fórmula	Justificación de la fórmula	Pond.
Precio	Puntuación R = 12 – 1,5 x (Baja K – Baja R)	En la puntuación por precio se atribuirá la máxima a la proposición más baja (K), y 0 puntos a la que iguale el presupuesto de licitación, aplicando a las restantes (R) la fórmula, en la que las bajas se expresarán porcentualmente; si el resultado es negativo se darán 0 puntos.	12 puntos
Factores medioambientales en la limpieza de las instalaciones	Se valorará la utilización de productos con ecoetiqueta, es decir, que sean respetuosos con el medio ambiente, por lo que se otorgará puntuación a los licitadores que adquieran los siguientes compromisos, <u>y que serán condición esencial de ejecución en el caso de adquirir dicho compromiso</u> : - Utilización de jabones que posean ecoetiqueta: 2 puntos. - Utilización de papel higienico y de secado de manos reciclado y en la medida de lo posible sin cloro y con ecoetiqueta: 2 puntos. - Utilización de bolsas de basura de plástico reciclado y con ecoetiqueta oficial (en caso de que no se encuentren de esas características, se utilizarán bolsas sin plásticos halogenados): 2 puntos. - Utilización de trapos de limpieza y mopas de microfibra en sustitución de equipos con motor o trapos de otros tejidos: 2 puntos. - Utilización de equipos de secado de manos: - secadores de tejido: 2 puntos - secadores de papel: 1 puntos - secadores de aire (automáticos con detector de presencia): 0,5 punto. - Se valorará un plan de gestión medioambiental que incluya medidas a adoptar a lo largo de la ejecución del contrato, que redunden en beneficio del medio ambiente y que resulten ademas positivos para el desarrollo del plan: 2 puntos.		12 puntos
Otras actividades, campañas,	Se valorará que los licitadores propongan nuevas actividades deportivas no definidas por el Ayuntamiento y que supongan un valor añadido para el contrato. De esta forma, se otorgará puntuación a los licitadores por cada propuesta de		15 puntos

programas y planes	servicios adicional a lo previsto en el PPTP, a razón de 3 puntos por cada nuevo servicio, sin que ello suponga una alteración del precio del contrato. Una vez adquirido el compromiso por el licitador, este servicio se considerará parte del contrato y, por tanto, su impartición resultará obligatoria.	
Eficiencia energética y gestión medioambiental	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 otorgará 1 punto por cada 2.500 euros que suponga la implantación de dicha medida, que tendrá que ser clara, concreta, idónea y contar con un cronograma para la puesta en marcha de esa acción concreta. Esta medida se considerará parte del contrato y, por tanto, su aplicación resultará obligatoria.	8 puntos
Existencia de convenios o planes de contratación	Como se ha dicho en el punto 12, en el caso de que se vayan a producir nuevas contrataciones de personal para la ejecución de este contrato, se valorará que éstas sean mujeres o pertenezcan al colectivo de personas con discapacidad, por ello se otorgarán puntos por lo siguiente: - por tener suscrito algún convenio con centros especiales de empleo, empresas de inserción de personas con discapacidad, la ONCE, etc: 2 puntos. - por contar con un plan de contrataciones, aprobado antes de la publicación de la presente licitación, que contemple la preferencia de mujeres en la contratación de nuevo personal: 2 puntos.	4 puntos



Las consideraciones del OARC / KEAO sobre las cuestiones planteadas son las siguientes:

a) Sobre la impugnación de los criterios de adjudicación

Se recurren un subcriterio y dos criterios de adjudicación calificados en el PCAP como valorables en cifras o porcentajes.

a.1. Sobre el criterio de adjudicación automático “Factores medioambientales en la limpieza de las instalaciones”

a.1.1. Sobre la falta de relación del criterio con la calidad

Alega el recurrente que el criterio de adjudicación “Factores medioambientales en la limpieza de las instalaciones” no es idóneo para valorar la calidad de las ofertas. Su análisis debe partir del artículo 1.3 de la LCSP que dispone que En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Contrastado el criterio con lo dispuesto en este artículo, se debe desestimar el recurso en este punto porque no cabe duda de la vinculación de este criterio con la calidad entendida en el sentido del mencionado precepto al valorar la oferta consistente en el compromiso de incorporar a la ejecución del contrato productos y materiales respetuosos con el medio ambiente.

a.1.2 Sobre el carácter automático del subcriterio “Plan de gestión medioambiental”

Sobre los criterios “evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas” a los que se refiere el artículo 146.2 de la LCSP 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” este Órgano ha manifestado en ocasiones precedentes (ver, por todas, sus Resoluciones 117/2022 y 134/2020, esta última confirmada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en su sentencia 476/2021 de 23/12/2021, ECLI:ES:TSJPV:2021:3564) que su rasgo principal es el de 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. Una vez que uno o varios de estos criterios se establecen en unos pliegos firmes por consentidos, vinculan al poder adjudicador y a los participantes en la licitación, lo que no solo implica respetar su contenido, sino también su misma condición de criterio sujeto a fórmula. En este sentido, la sola clasificación de un criterio como automático supone un orden concreto que debe seguirse para la apertura de las correspondientes ofertas (artículo 146.2 LCSP) y, lo que es más relevante, la prohibición radical de que en su aplicación puedan introducirse elementos subjetivos o juicios discrecionales o valorativos, con el correlativo efecto de que los licitadores tienen el derecho a esperar que el procedimiento de adjudicación se conduzca en esos estrictos términos y no en otros distintos.

En el supuesto que nos ocupa, el subcriterio “Plan de gestión medioambiental” requiere para su valoración que (i) las medidas ofertadas redunden en beneficio del medioambiente y (ii) sean positivas para el desarrollo del plan (sic), todo lo cual supone establecer unos requisitos, necesarios para la aplicación del criterio, que requieren de una labor de análisis de valoración subjetiva de la propuesta efectuada por el licitador, lo que excluye el automatismo por el que se deben regir los criterios de adjudicación 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, razón por la que procede la estimación del recurso en este punto.



a.2. Sobre el carácter automático del criterio de adjudicación “Eficiencia energética y gestión medioambiental”

Se trata de un criterio valorable por cifras o porcentajes para cuya aplicación, al igual que en el criterio analizado en el apartado a.1.2., el evaluador ha de efectuar una labor de análisis puramente subjetivo. En concreto, el criterio requiere para la aplicación del método automático de asignación de puntuación establecido que se analice de forma previa si la medida ofertada a valorar (i) redundará en beneficio del medio ambiente y confluye con las políticas de transición energética, (ii), está ligada a un listado de materias que figura en la literalidad del propio criterio de adjudicación, a saber, “reducción del impacto ambiental, inversiones en instalaciones para la mejora de la eficiencia energética, mejora del confort y servicios a los usuarios”, (iii) es clara, (iv) es concreta y (v) cuenta con un cronograma para su implantación. Este análisis previo que incluye necesariamente la emisión de juicios de valor desmiente el carácter automático del criterio porque, en esencia, su cuantificación depende de un juicio de valor. Consecuentemente, el recurso debe ser estimado y el criterio anulado.

a.3. Sobre el criterio de adjudicación “Existencia de convenios o planes de contratación”

En la Resolución 095/2024, de este OARC / KEAO, relativa a un recurso especial de contratación interpuesto por AGUA Y JARDIN, S.L frente a los mismos pliegos asimismo impugnados por AEESDAP se ha anulado, entre otras, la cláusula 19.2 del Anexo I del PCAP relativa al criterio de adjudicación “Existencia de convenios o planes de contratación”, por lo que carece de objeto el examen de la impugnación de dicho criterio de adjudicación.

b) Sobre la omisión de la justificación de los criterios de adjudicación

Tal y como ha puesto de manifiesto este Órgano en la Resolución 095/2024 por la que se resuelve un recurso especial previo interpuesto por AGUA Y JARDIN, S.L. frente a los mismos pliegos que ahora se impugnan, la motivación es un



requisito formal, por lo que su omisión solo tiene trascendencia anulatoria para el acto al que se refiere cuando le impida alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados (artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), lo que no ocurre cuando el recurrente ha podido elaborar un recurso fundado que contiene las razones de su oposición (ver, en este sentido, la Resolución 96/2020, referida a la falta de motivación de la fórmula) o cuando no acredite un perjuicio concreto o daño derivado de su omisión (ver la Resolución 33/2021). Lo cierto es que en el supuesto que nos ocupa la falta de justificación de los criterios impugnados no ha causado la indefensión alegada, habida cuenta de que se estima el recurso frente a los criterios “Plan de gestión medioambiental” y “Eficiencia energética y gestión medioambiental”, el criterio “Existencia de convenios o planes de contratación”, ha sido anulado por la citada Resolución 095/2024 y el recurso no contiene reproche alguno a la fórmula del precio.

c) Sobre la cláusula relativa a “suministros” (cláusula 12.c del Anexo I del PCAP)

En resumen, en la cláusula recurrida el Ayuntamiento asume el pago de los gastos derivados de los suministros de agua, gas y electricidad de las instalaciones objeto del contrato, si bien no asumirá dicho gasto en el caso de que no se preste el servicio por causas ajenas al Ayuntamiento, a lo que el recurrente opone que el adjudicatario debe abonar dicho coste aunque la causa del cese de la actividad no le sea imputable y que, además, se trata de una partida que no está incluida en el desglose de costes del contrato.

Esta alegación debe ser desestimada. Cabe señalar que la citada cláusula, que se inserta en un contrato de concesión de servicios, es clara al señalar que los gastos derivados del agua, gas y electricidad de las instalaciones objeto del contrato los asume el poder adjudicador, por lo que dichos gastos no gozan propiamente de la consideración de coste. No obstante, tal y como afirma el poder adjudicador, en el propio estudio económico y en el PCAP se recoge una partida denominada “suministros” para poder hacer frente a contingencias como



la descrita y, los licitadores, que son operadores económicos que actúan en el mercado, conocen con carácter general las circunstancias que pueden dar lugar a las suspensiones del servicio (por ejemplo, huelgas, etc.). Además, se debe tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 270 de la LCSP, en los supuestos de fuerza mayor enumerados en el artículo 239 de la LCSP, los licitadores tienen el derecho a que se restablezca el equilibrio económico del contrato. De todo ello se deduce que el reparto de los riesgos en lo que a este concepto se refiere es claro y que lo que el recurrente pretende es que se le blinde frente a cualquier contingencia.

d) Sobre la no división del contrato en lotes

Sobre la división por lotes, este Órgano ya ha indicado en ocasiones anteriores (ver, por ejemplo, la Resolución 182/2019) que la decisión de adjudicar o no el contrato por lotes, así como la elección de los criterios con los que se estructure ésta (territoriales, funcionales, etc.) en el caso de que se opte por la partición, se insertan dentro de la facultad discrecional que asiste al poder adjudicador para configurar el objeto del contrato de la forma que estime más adecuada para la satisfacción del interés general (ver, por todas, la Resolución 136/2018 del OARC / KEAO).

Como todas las potestades discrecionales, tiene un núcleo susceptible de control legal que la limita y que permite a los operadores jurídicos (singularmente, a este OARC / KEAO) emitir un juicio en Derecho sobre su concreto ejercicio; en este núcleo figuran, por citar los elementos más relevantes para el caso estudiado, el fondo parcialmente reglado de la potestad y el respeto a los principios generales del Derecho y, en especial, a los recogidos en el artículo 1 de la LCSP, entre los que se encuentra el análisis de si la configuración elegida es arbitraria porque carece de una razón objetiva que la justifique y tiene como propósito perjudicar o beneficiar a ciertos licitadores (ver, en este sentido la Resolución 175/2018 del OARC / KEAO).



En cuanto al fondo parcialmente reglado, hay que señalar que la división del contrato en lotes, que la LCSP considera ahora como la opción preferente (ver el artículo 99.3 de la LCSP y, por ejemplo, la citada Resolución 136/2018) es, en cierto sentido, una excepción a la clásica regla de prohibición del fraccionamiento del objeto del contrato contenida ahora en el artículo 99.2 de la LCSP. El fundamento de la excepción radica, en primer lugar, en que la división en lotes no altera drásticamente las normas procedimentales y de publicidad que se habrían aplicado aunque no hubiera existido dicha división, resultado fraudulento que el principio general pretende evitar (artículo 99.6 de la LCSP) y, en segundo lugar, lo que es más importante para este caso, en que no se trata de una partición caprichosa en prestaciones sin identidad funcional propia (claro indicio del carácter fraudulento del fraccionamiento); por el contrario, el artículo 99.3 de la LCSP recuerda que cada lote debe ser susceptible de “realización independiente” (ver, en este sentido la Resolución 12/2019 del OARC / KEAO).

Por lo que se refiere a los principios generales, es especialmente relevante determinar si la decisión de dividir y la elección de los criterios de la división se sustentan en razones atendibles que los justifican y que descartan una actuación arbitraria del poder adjudicador contraria a principios como el libre acceso al procedimiento de adjudicación, la igualdad de trato o la salvaguarda de la libre competencia; esta actuación se daría si, por ejemplo, la estructura del contrato a los efectos de su adjudicación se ha configurado de modo que beneficia o perjudica a un licitador o categoría de licitadores sin causa suficiente y proporcionada que lo explique. No obstante, debe señalarse que, a diferencia de lo que sucede con la decisión de no dividir, la decisión de dividir y la elección del criterio de configuración de los lotes no están sujetas a una motivación expresa que deba constar en el expediente (ver la Resolución 182/2019 del OARC / KEAO).

Finalmente, hay que señalar que los potenciales licitadores no tienen un derecho a exigir al órgano de contratación una estructura de los lotes que les sea favorable y que se imponga a la facultad de fijar discrecionalmente el objeto del contrato (ver, por ejemplo, la Resolución 8/2018 del OARC / KEAO).



Sentado lo anterior, a juicio de este OARC / KEAO, la justificación de la no división en lotes contenida en la cláusula 1 del Anexo I del PCAP más arriba reproducida explica de forma suficiente los motivos que han instado al órgano de contratación a no dividir el contrato en lotes y a licitar las cuatro instalaciones de forma agrupada. Consecuentemente, el poder adjudicador al configurar el contrato ha tenido en cuenta la obligación que le impone el artículo 285.1.a) en relación con el 99.3 de la LCSP de estudiar la conveniencia de la división del contrato en lotes y, siendo su criterio contrario al del principio general de división en lotes, expresa sus razones en el propio PCAP de forma suficiente, sin que el recurrente haya acreditado que la decisión sea arbitraria y sin que este OARC/KEAO pueda ni deba sustituir la decisión adoptada en el expediente por la propuesta del recurrente.

e) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los apartados anteriores del presente Fundamento jurídico, el recurso debe estimarse en parte, anulando las siguientes cláusulas del PCAP:

- (i) De la cláusula 19.2 del Anexo I del PCAP el subcriterio ““Plan de gestión medioambiental””.
- (ii) De la cláusula 19.2 del Anexo I del PCAP el criterio de adjudicación “Eficiencia energética y gestión medioambiental”.

La anulación parcial del criterio de adjudicación recurrido conlleva la cancelación de la licitación, pues según la jurisprudencia europea (STJUE de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, ECLI:EU:C: 2003:651, apartados 92 a 95), «los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...). De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación



haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.» y concluye que «la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso (...) se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce 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: Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por la Asociación Española de Empresarios de Servicios Deportivos a las Administraciones Públicas (AEESDAP) contra los pliegos del contrato “Gestión de las instalaciones deportivas municipales de Tolosa”, tramitado por el Ayuntamiento de Tolosa, anulando los pliegos en los términos expresados en el apartado e) del Fundamento Jurídico Octavo de esta Resolución y cancelando la licitación.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.



CUARTA: 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, 2024ko maiatzaren 24a

Vitoria-Gasteiz, 24 de mayo de 2024