

Recurso 23/2018**Resolución 56/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 8 de marzo de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE DEPORTES DE ANDALUCÍA** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Gestión y explotación del servicio público del centro deportivo y piscina municipal “Christian Jongeneel” de Rincón de la Victoria» (Expte. 124/17), convocado por el Ayuntamiento de Rincón de la Victoria (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 6 de enero de 2018, se publicó en el Boletín Oficial del Estado núm. 6 el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, dicha licitación fue publicada en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 2 de enero de 2018.



El valor estimado del contrato asciende a 26.925.487,00 de euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. El 25 de enero de 2018, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por parte de la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE DEPORTES DE ANDALUCÍA (en adelante AEDA) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y el de prescripciones técnicas (PPT) que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución.

CUARTO. Con fecha 30 de enero de 2018, fue recibido en el Registro de este Tribunal oficio del órgano de contratación remitiendo el escrito de interposición del recurso, el expediente de contratación y el informe al recurso, este último suscrito por la Secretaría del Ayuntamiento.

Posteriormente, previa petición de 5 de febrero sobre las alegaciones relativas a la medida cautelar de suspensión solicitada por la asociación recurrente, el Ayuntamiento las remite el 13 de febrero de 2018, suscritas por la Alcaldía, incluyendo informe complementario al recurso interpuesto.

QUINTO. Mediante Resolución, de 8 de febrero de 2018, este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento.



SEXTO. El 14 de febrero de 2018 el órgano de contratación, previa petición, remite por correo electrónico el listado de entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

SÉPTIMO. El 14 de febrero de 2018, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las entidades licitadoras que habían presentado proposición concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado en el plazo señalado para ello las entidades MEDIOS ACUÁTICOS, S.L.U. (en adelante MEDIOS ACUÁTICOS) y ASISTENCIA ORGANIZACIÓN Y SERVICIOS, S.A. (en adelante AOSSA).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 y 4 del TRLCSP, en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En concreto, el acto impugnado ha sido el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas de un contrato promovido por el Ayuntamiento de Rincón de la Victoria (Málaga), una entidad local andaluza, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial del convenio a tales efectos formalizado el 5 de diciembre de 2012, entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y dicho Ayuntamiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre (en su redacción anterior al Decreto



120/2014, de 1 de agosto), por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la asociación recurrente para la interposición del presente recurso especial.

Al respecto, el artículo 42 del TRLCSP establece que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

Asimismo, el artículo 24, apartado 1 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, señala que *“Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados”*.

Sobre la legitimación activa de las asociaciones, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 143/2016, de 17 de junio, la 83/2017, 2 de mayo y 214/2017, de 23 de octubre, en la que se pone de relieve la abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo existente al respecto y que debe entenderse igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.



A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses colectivos defendidos por la asociación recurrente. Ello obliga a conocer cuáles son los motivos que sustentan el recurso interpuesto.

Como ya se ha indicado anteriormente, el escrito de recurso se interpone contra los pliegos que rigen la presente licitación y ello por entender que los mismos son discriminatorios y limitan la concurrencia.

Al respecto, debemos indicar que entre las funciones que implica su objeto social, los estatutos de la asociación recurrente mencionan la representación, gestión y defensa de los intereses económicos, sociales, laborales y profesionales de sus miembros, ante toda clase de organismos administrativos y judiciales, así como la negociación colectiva; y en general, cuantas otras funciones se consideren convenientes para el fomento, desarrollo y mejora de la industria deportiva.

Por lo expuesto, queda justificado el interés legítimo que ostenta la asociación recurrente en el ejercicio de la representación y defensa de sus asociados, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

El escrito de impugnación se deduce en un procedimiento de licitación que es calificado por el órgano de contratación como gestión de servicio público en su modalidad de concesión. La asociación recurrente no discute la calificación jurídica del contrato dando por sentado que el mismo es un contrato de gestión de servicio público sujeto al recurso especial. En cambio, en el informe al



recurso el órgano de contratación sostiene asimismo que estamos en presencia de una gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión, no siendo el mismo, a su juicio, susceptible de recurso especial al no concurrir los requisitos establecidos en el artículo 40.1 c) del TRLCSP.

Así pues, en la medida que el órgano de contratación cuestiona la sujeción del contrato al recurso especial, hemos de abordar este extremo.

Al respecto, como ya ha señalado este Tribunal en alguna de sus resoluciones, por todas la Resolución 249/2016, de 14 de octubre, o las más recientes 84/2017, de 2 de mayo y 110/2017, de 25 de mayo, debe recordarse que la nueva Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, tras el vencimiento del plazo de su transposición, desplaza el régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión, que no estaba sujeto a regulación armonizada, sustituyéndose, en este caso, por el contrato de concesión de servicios.

De este modo, y conforme al apartado primero del artículo 8 de la citada Directiva estarán sujetas a regulación armonizada las concesiones de valor estimado igual o superior a 5.548.000 euros. Asimismo, y según preceptúa el apartado segundo del citado artículo, el valor de la concesión será el volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la ejecución del contrato, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador. En este sentido, conforme a los pliegos y demás documentación que rigen el contrato, el volumen de negocios estimado por el órgano de contratación en los veinticinco años de duración del contrato es de 26.925.487,00 de euros.

En definitiva, el contrato objeto de licitación es una concesión de servicios sujeta a regulación armonizada al ser su valor estimado superior a 5.548.000 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el pliego de cláusulas



administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de licitación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de los apartados 1.a) y 2.a) del artículo 40 del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

En el supuesto examinado, la publicación se completó el 6 de enero de 2018, fecha de publicación del anuncio en el Boletín Oficial del Estado, habiéndose publicado anteriormente en el perfil de contratante, donde el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, fueron puestos a disposición de las entidades licitadoras para su conocimiento. En consecuencia, es a partir de dicha fecha -6 de enero de 2018- cuando procede iniciar el cómputo del plazo para recurrir; en este sentido, al haberse presentado el escrito de recurso el 25 de enero de 2018 en el Registro del órgano de contratación, el mismo se habría interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

Respecto al plazo de interposición del recurso, la asociación recurrente mediante otrosí digo manifiesta que en el día de presentación del recurso, le ha sido rigurosamente imposible presentarlo en un registro electrónico, como fija la reciente ley de procedimiento administrativo, ya que a pesar de ser obligatorio el Ayuntamiento del Rincón de la Victoria no cuenta aún con un



registro de esta naturaleza.

Al respecto, este Tribunal ha de señalar que, entre sus funciones, no está la de enjuiciar, en su caso, la implantación o no de un registro electrónico por un ente del sector público. En todo caso, la asociación recurrente pudo interponer el escrito de recurso en el registro electrónico de este Órgano, sito en el Registro telemático unificado de la Junta de Andalucía. A mayor abundamiento, aun cuando el Ayuntamiento del Rincón de la Victoria no contase aún con un registro electrónico, tal cuestión en el presente supuesto no tiene ninguna virtualidad pues el recurso se ha presentado en plazo.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La asociación recurrente interpone el presente recurso contra el pliego de cláusulas administrativa particulares y el de prescripciones técnicas, solicitando de este Tribunal que, con estimación del mismo, acuerde la nulidad de las cláusulas impugnadas y en consecuencia, de los pliegos y documentos impugnados, y subsidiariamente para el caso de que no se consideren nulas, que sean declaradas inválidas, retrotrayendo el procedimiento y modificando dichas cláusulas con nueva publicación y periodo de oferta.

La recurrente centra su recurso en dos alegatos, por un lado, denuncia que determinadas cláusulas de los pliegos rompen con la obligada separación en la valoración de las ofertas de la fase sujeta a un juicio de valor de la de aplicación de fórmulas, y por otro lado, cuestiona el criterio de adjudicación sujeto a un juicio de valor denominado plan de funcionamiento y gestión del servicio.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos esgrimidos por la asociación recurrente en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.



MEDIOS ACUÁTICOS y AOSSA, como entidades interesadas, en sus escrito de alegaciones al recurso se adhieren a los términos expresados en el mismo.

SEXTO. En el primero de los alegatos del recurso, la asociación recurrente denuncia que determinadas cláusulas de los pliegos rompen con la obligada separación en la valoración de las ofertas de la fase sujeta a un juicio de valor de la de aplicación de fórmulas.

Al respecto, para centrar el objeto del debate y por razones metodológicas procede reproducir a continuación aquellas partes del expediente administrativo necesarias para la resolución del presente recurso.

En este sentido, en cuanto a los criterios de adjudicación el PCAP hace una remisión al de prescripciones técnicas. Así, respecto al criterio evaluable mediante un juicio de valor denominado estudio de viabilidad económico-financiera, el PPT en su cláusula 9.2.5. dispone lo siguiente:

«ESTUDIO DE VIABILIDAD ECONÓMICO-FINANCIERA: hasta un máximo de 5 puntos (Criterio Subjetivo).

Se evaluará este plan, presentado conforme se indica en el Anexo VII, siendo esenciales a efectos de evaluación los siguientes aspectos:

- a) Descripción de fundamentos técnicos del cálculo*
- b) Previsión anual de ingresos.*
- c) Previsión anual de gastos.*
- d) Previsión anual de la cuenta de resultados.*
- e) Determinación de VAN y TIR.*
- f) Análisis de sensibilidad sobre efectos en VAN y TIR de cambios de condiciones significativas.*

Cada uno de estos aspectos será valorado conforme a los siguientes criterios:

- a. Nivel de descripción.*
- b. Nivel de detalle.*



c. Adecuación del importe previsto.

d. Concordancia general con el plan de funcionamiento y gestión del servicio.

Cada criterio será valorado conforme la siguiente calificación y correspondiente cuantificación:

- Muy deficiente: cuantificación 0

- Deficiente: cuantificación 0,5

- Suficiente: cuantificación 1

- Bueno: cuantificación 1,5

- Excelente: cuantificación 2

Para la evaluación la administración elaborará tabla que se refleja, siendo necesario haber obtenido una cuantificación total mínima de 0,5 en cada uno de los criterios valorados para cada aspecto evaluado para poder considerar la oferta. En caso contrario se desestimará por falta de calidad técnica [consta en el pliego dicha tabla].

Para la valoración objetiva se aplicará la siguiente fórmula: Al valor total 60 que se puede obtener con la calificación excelente a todos los criterios, se le asignará la puntuación máxima de 5, calculando de manera proporcional directa la puntuación que corresponda al resto de ofertas.

Para la valoración se aplicará la siguiente fórmula

Valor asignado = $(Vn/60) \times 5$

Donde Vn es la valoración obtenida por la empresa a valorar (N)

El contrato será adjudicado al licitador cuya proposición obtenga una mayor puntuación global.»

Por su parte, los criterios de adjudicación de evaluación automática son, en lo que aquí interesa, la propuesta de canon y propuesta de tarifas, con una valoración en ambos casos de hasta 25 puntos cada uno sobre 100.

Con fecha de 18 de enero de 2018, según consta en el propio documento, se suscribe por parte del órgano de contratación nota aclaratoria sobre la elaboración del estudio de viabilidad a aportar en el sobre 2 que se publica en el perfil de contratante. Afirma dicho órgano que se considera oportuno realizar



unas aclaraciones para favorecer la elaboración de este documento sin reflejar información que corresponda a los criterios objetivos que se incluyen en el sobre

3. En este sentido la nota aclaratoria dispone que:

«1.- Respecto a la previsión anual de ingresos.

Con objeto de no desvelar las tarifas que deben incluirse en la oferta económica, el estudio podrá reflejar la caracterización de la demanda que estime y el ingreso total previsto por la unidad temporal de referencia que emplee (mes o año), sin desagregar por tipología de actividad o de usuario.

2.- Respecto a la previsión anual de gastos.

Con objeto de no desvelar el canon, que debe incluirse en la oferta económica, el estudio podrá utilizar el canon empleado en el estudio de viabilidad del procedimiento (12.000 euros mensuales); resultando, en función de los cálculos de cada licitador, un resultado antes de impuestos suficiente para acreditar la viabilidad de la explotación y la cobertura del canon que efectivamente refleje su oferta económica.»

Con base en lo anterior, la recurrente funda su alegato en los siguientes argumentos:

Pone de manifiesto que la redacción del pliego del criterio controvertido, incluye el precio (canon) y la inversión (forma parte del precio), con la consiguiente violación del mandato contenido en el párrafo tercero del artículo 150.2 del TRLCSP, relativo a que la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia.

Asimismo, señala que el propio Ayuntamiento advierte el error y la ilegalidad, procediendo a publicar la mencionada aclaración de 18 de enero que, a su juicio, pretende parchear el incumplimiento aclarando que se puede y debe presentar la proposición, sin previsión de los ingresos reales, y con el canon consignado en el informe modelo de 12.000 euros anuales (para todos), con lo que se rompe con la libertad de propuesta económica del empresario de su estructura particular de costes y prestaciones, falseando el informe que tiene que ser



definitivo para la credibilidad de la oferta con unos datos de ingresos y canon que no se corresponden con la realidad de la oferta individualizada, por lo que además puede perjudicarse la viabilidad en el informe técnico y que, a resultas de la apertura del sobre de la oferta económica, pueda tener que darse por viable lo que en la fase anterior se dio por inviable.

Por último, afirma que la redacción de un plan de inversiones muy acotado en cuanto a su naturaleza del equipamiento a adquirir y valoración estimada del mismo, convierte a este teórico criterio subjetivo en un elemento que claramente forma parte del precio, lo que igualmente hace que la redacción dada sea errónea, debiéndose incluir la inversión como parte del precio, lo que se refuerza porque la propia redacción valora dicha inversión, mediante una fórmula matemática que atiende únicamente a criterios numéricos del importe propuesto (cláusula 9.2.3 del PPT en sus últimos dos párrafos), por lo que debe entenderse como un precio encubierto, que rompe igualmente la misma separación obligatoria antes invocada.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que en ningún momento se vulnera la separación de las fases de valoración de los criterios dependientes o no de un juicio de valor, máxime si se tiene en cuenta la aclaración realizada a través del perfil del contratante, con respecto a la forma de aportar los datos a incluir en el estudio económico.

En este sentido, aclara que los datos de ingresos deben ser reales, aunque se presenten desagregados sin relacionarlos directamente con cada una de las tarifas. Asimismo, los datos de gastos podrán ser inferiores, al utilizar el canon mínimo de 12.000 euros; pero los resultados de los ingresos y gastos deben acreditar un resultado positivo de la explotación, así como la cobertura del canon que se incluya en el sobre 3 (oferta económica), y que al menos ascenderá al importe mínimo de 12.000 euros.

En todo caso, concluye que en la fase de puntuación de las ofertas con arreglo a



criterios sujetos a juicio de valor siempre deberá acreditarse la viabilidad económica de la oferta presentada. Asimismo, el dato del canon ofertado en la fase de criterios automáticos debe hallarse justificado en el estudio presentado en el sobre 2.

SÉPTIMO. Vistas las alegaciones de las partes procede el análisis del primero de los alegatos del recurso.

Al respecto, se ha partir de la base de que, conforme a la redacción de los pliegos, en el criterio de adjudicación evaluable mediante un juicio de valor “estudio de viabilidad económico-financiera”, se ha de incluir necesariamente las tarifas que ha de aplicar la entidad licitadora así como el canon que oferta, parámetros ambos que, como se ha expuesto, se valoran como criterios de aplicación automática con una puntuación cada uno de 25 puntos sobre 100.

El órgano de contratación publicó en el perfil de contratante una nota aclaratoria que disponía, en relación con los ingresos, que para no desvelar tarifas el estudio de viabilidad debía presentarse sin desagregar por tipología de actividad o de usuario, y en relación con los gastos, que para no desvelar el canon ofertado todas las entidades licitadoras debían de partir de 12.000 euros, que es el canon mínimo.

Pues bien, estos cambios en la elaboración del estudio de viabilidad económica desnaturalizan el criterio y hacen difícilmente viable su evaluación, conforme a los aspectos a valorar previstos en el pliego. En este sentido, dentro de los aspectos a valorar, según los pliegos, no es posible evaluar en esencia y de manera cierta, ni la previsión de ingresos por falta de mención de las tarifas ofertadas, ni la de gastos al no poderse mencionar el canon ofertado, ni por tanto la de la cuenta de resultados, ni asimismo la determinación del VAN y el TIR se ajustaría a la realidad.

En definitiva, no sería posible valorar el criterio objeto de controversia en los



términos establecidos en los pliegos, y todo ello, con independencia de que los cambios en la forma de realizar el estudio de viabilidad que propone el órgano de contratación en su nota de aclaraciones, suponen verdaderas modificaciones de los pliegos, que no han seguido el cauce legalmente previsto. Sobre este particular la propia asociación recurrente denuncia, aunque de forma tangencial, que no ha habido ampliación del plazo de presentación de ofertas, siendo dicha ampliación una de las consecuencias de una modificación de los pliegos pero no la única.

Por otro lado, la asociación recurrente afirma que debe incluirse la inversión como parte del precio; no obstante, no puede admitirse esta afirmación pues ello es una opción del órgano de contratación, que si lo estima conveniente podría incluso no establecer canon alguno.

Al hilo de lo anterior, la asociación recurrente plantea el hecho de que el criterio de adjudicación denominado plan de equipamiento deportivo en parte interna del complejo, previsto en la cláusula 9.2.3. del PPT, se valora mediante una fórmula matemática que rompe asimismo la separación obligatoria antes invocada, de que la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia.

En este caso, ha de darse asimismo la razón a la asociación recurrente pues en el mencionado criterio, lo que se valora mediante una fórmula matemática es el importe de la inversión propuesta por cada entidad licitadora para el plan de equipamiento deportivo en la parte interna del complejo, debiendo por tanto valorarse como un criterio de evaluación automática y no de juicio de valor como se recoge en el pliego.

En definitiva, en base a las consideraciones anteriores, procede la estimación del primer alegato del recurso en los términos expuestos en el presente fundamento.



OCTAVO. En el segundo de los alegatos del recurso, la asociación recurrente cuestiona el criterio de adjudicación sujeto a un juicio de valor denominado plan de funcionamiento y gestión del servicio.

Al respecto, la cláusula 9.2.4. del PPT dispone en lo que aquí interesa lo siguiente:

«PLAN DE FUNCIONAMIENTO Y GESTIÓN DEL SERVICIO: hasta un máximo de 5 puntos (Criterio Subjetivo).

Se evaluará este plan, presentado conforme se indica en el Anexo VI, siendo esenciales a efectos de evaluación los siguientes aspectos:

- a) Actividades previstas.*
- b) Horarios de las actividades.*
- c) Organización deportiva.*
- d) Organización administrativa.*
- e) Personal.*
- f) Mantenimiento y limpieza.*
- g) Gestión y atención al usuario.*
- h) Mantenimiento y conservación.*
- i) Vigilancia y seguridad.*
- j) Limpieza y desinfección (DDD).*

Cada uno de estos aspectos será valorado conforme a los siguientes criterios:

- a) Amplitud del desarrollo.*
- b) Detalle del desarrollo.*
- c) Claridad expositiva.*
- d) Coherencia de las diferentes actuaciones descritas.*
- e) Precisión de las tareas y actividades descritas (protocolos de actuación).*

Cada criterio será valorado conforme la siguiente calificación y correspondiente cuantificación:

- Muy deficiente: cuantificación 0*
- Deficiente: cuantificación 0,5*



- Suficiente: cuantificación 1

- Bueno: cuantificación 1,5

- Excelente: cuantificación 2

Para la evaluación la administración elaborará tabla que se refleja, siendo necesario haber obtenido una cuantificación total mínima de 0,5 en cada uno de los criterios valorados para cada aspecto evaluado para poder considerar la oferta. En caso contrario se desestimará por falta de calidad técnica [consta en el pliego dicha tabla].

Para la valoración final al valor total 100 que se puede obtener con la calificación excelente a todos los criterios, se le asignará la puntuación máxima de 5, calculando de manera proporcional directa la puntuación que corresponda al resto de ofertas.

Para la valoración se aplicará la siguiente fórmula

Valor asignado = $(Vn/100) \times 5$

Donde Vn es la valoración obtenida por la empresa a valorar (N).»

Con base en lo anterior, la recurrente funda su alegato en los siguientes argumentos:

Denuncia la posibilidad de arbitrariedad en la valoración del criterio objeto de controversia. En ese sentido, indica que los aspectos a valorar se dimensionan en su puntuación según los criterios de amplitud y detalle del desarrollo, claridad expositiva, coherencia de las diferentes actuaciones descritas y precisión de las tareas y actividades descritas (protocolos de actuación).

A su juicio, dichos aspectos son excesivamente subjetivos y discrecionales y no garantizan una puntuación razonablemente proporcionada a unos criterios que hagan justicia a la propuesta, no permitiendo conocer por parte de las entidades licitadoras qué tipo de oferta deben hacer para obtener una mayor puntuación, pudiendo incurrir el técnico informante en un exceso de discrecionalidad.

Concluye que, conforme a la jurisprudencia y al pronunciamiento de los Tribunales en relación con los criterios de adjudicación, es doctrina consolidada



la establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras muchas, en la Sentencia, de 24 de enero de 2008, asunto 532/06 y en la de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupolis), que establece que el principio de igualdad de trato comporta una obligación de transparencia y exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos; por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar criterios que no haya puesto previamente en conocimiento de las entidades licitadoras.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso, afirma que el presente alegato es un punto de vista de la recurrente y que los criterios de evaluación son claros y transparentes, siendo en todo caso la valoración que se haga motivada, con justificación de las propuestas de puntuación, que en todo caso irán referidas al contenido mínimo recogido en el anexo VI, donde se expresa que el plan presentará la solución que consideren óptima las entidades licitadoras para garantizar la correcta funcionalidad deportiva de los espacios del centro y que permita el desarrollo de los programas y actividades que hayan incluido en su oferta y que entiendan que permitirá poder desarrollar las actividades que hayan propuesto.

NOVENO. Vistas las alegaciones de las partes, procede el análisis del segundo de los alegatos del recurso.

Al respecto, el alegato de la recurrente se centra en la infracción de los principios de transparencia y de igualdad de trato, denunciando que los aspectos de valoración del criterio son excesivamente subjetivos y discrecionales que no garantizan una puntuación razonablemente proporcionada a unos criterios que hagan justicia a la propuesta, no permitiendo conocer por parte de las entidades licitadoras qué tipo de oferta deben hacer para obtener una mayor puntuación. En definitiva, a juicio de AEDA, las entidades licitadoras



desconocen al preparar sus ofertas qué aspectos se valorarán y cómo, dándose excesiva discrecionalidad al órgano evaluador.

Pues bien, para la resolución de la controversia hemos de partir de lo establecido en el artículo 150 del TRLCSP que dispone que los criterios de adjudicación han de estar directamente vinculados al objeto del contrato, debiendo detallarse los mismos con su ponderación en el anuncio y en el PCAP. Asimismo, la objetividad e imparcialidad en la valoración de las ofertas y el respeto al principio de igualdad de trato entre entidades licitadoras que consagra el artículo 1 del TRLCSP exigen que los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor contengan detalle de los aspectos sujetos a evaluación y de las pautas necesarias para su ponderación.

Ahora bien, el propio artículo 150 del TRLCSP distingue entre criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas y criterios que dependen de un juicio de valor, prevaleciendo en estos últimos el juicio técnico de un órgano especializado emitido sobre la base de una previa descripción del criterio, la cual debiendo ser precisa, también ha de permitir un margen de discrecionalidad técnica al órgano evaluador.

Como ya manifestó este Tribunal en su Resolución 24/2012, de 14 de marzo -reiterada en la 137/2017, de 30 de junio, entre otras muchas-, siguiendo doctrina ya sentada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *“los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad de que se refieren en todo caso a cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables. Por el contrario, aun cuando se valoren en términos absolutamente objetivos no es posible prever de antemano con certeza cuál será el resultado de la valoración. Básicamente los elementos de juicio a considerar para establecer la puntuación que procede asignar por tales criterios a cada proposición descansan sobre cuestiones de carácter técnico.”*



Esta doctrina compartida por todos los Tribunales de recursos contractuales es constante y reiterada, muestra de ello es que se mantiene en resoluciones recientes como la 460/2017, de 26 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Asimismo, este Tribunal viene manteniendo que los criterios sujetos a juicio de valor, como el aquí examinado, suponen un margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador que no puede ser absoluto, sino que ha de estar correctamente enmarcado en unos aspectos de valoración previamente definidos y en unas reglas que sirvan de pauta y límite al mismo tiempo para la ponderación o puntuación de las ofertas.

Ahora bien, respetando estos límites, tampoco puede pretenderse que el margen de apreciación del órgano técnico quede reducido al absurdo, alterando la propia naturaleza del criterio de adjudicación. En tal sentido, ya indicábamos en la Resolución 139/2014, de 23 de junio, que *“(...) si tuvieran que definirse siempre en los pliegos de modo pormenorizado los elementos a considerar en la valoración de un criterio o subcriterio de adjudicación de carácter no automático, el margen de apreciación discrecional del órgano técnico evaluador quedaría reducido al absurdo, y la naturaleza del criterio en sí resultaría alterada.”*

Y en igual sentido, la Resolución 42/2017, de 20 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, a propósito de la impugnación de un pliego por falta de precisión en los criterios sujetos a juicio de valor, señala que *“Exigir una valoración más detallada supondría cambiar la naturaleza del criterio conduciendo a la negación de los criterios cuya estimación se funda en juicio de valor y convirtiéndolos prácticamente en criterios de valoración automática”*.



En definitiva, como señala la Resolución 1065/2016, de 16 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una apreciación personal de quien realiza el análisis, apreciación que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. Así, la admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración personal de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites de la discrecionalidad técnica.

En el supuesto sometido a examen de este Tribunal el criterio de adjudicación cuestionado, esto es el “plan de funcionamiento y gestión del servicio”, dispone que dicho plan ha de ser presentado conforme se indica en el anexo VI, en el cual se establece que deberá contener, como mínimo, determinada información y estructura que se relaciona en dicho anexo, estableciéndose una limitación de 80 páginas.

Asimismo, se observa que el criterio cuestionado, contempla diez subcriterios susceptibles de evaluación, a saber: a) actividades previstas, b) horarios de las actividades, c) organización deportiva, d) organización administrativa, e) personal, f) mantenimiento y limpieza, g) gestión y atención al usuario, h) mantenimiento y conservación, i) vigilancia y seguridad y j) limpieza y desinfección (DDD).

Del mismo modo, se aprecia que cada uno de los subcriterios relacionados se valorará conforme a los siguientes aspectos: a) amplitud del desarrollo, b) detalle del desarrollo, c) claridad expositiva, d) coherencia de las diferentes actuaciones descritas y e) precisión de las tareas y actividades descritas (protocolos de actuación).



También se aprecia que, en cuanto a la ponderación del criterio, el mismo tiene una valoración de 5 puntos sobre 100, teniendo los 10 subcriterios el mismo peso en la asignación de puntos, esto es 0,5 puntos cada uno. Asimismo, se aprecia que la valoración de cada subcriterio viene establecida mediante una escala en la que se asignan determinadas puntuaciones en función de las calificaciones de muy deficiente, deficiente, suficiente, bueno y excelente, estableciéndose como pauta para cada una de estas calificaciones los aspectos citados anteriormente: amplitud y desarrollo del plan, claridad expositiva, coherencia de las diferentes actuaciones descritas y precisión de las tareas y actividades descritas.

Es por ello que no puede darse la razón a la asociación recurrente cuando afirma que los aspectos de valoración del criterio son excesivamente subjetivos y discrecionales. Al contrario, en el pliego se definen los aspectos técnicos a tener en cuenta en la evaluación del criterio, asimismo se precisa la escala de puntos a asignar en función de que las ofertas se adecuen en más o en menos a los aspectos descritos o no lo hagan. En tal sentido, el criterio prevé una escala general de puntos para cada subcriterio con diversos tramos en función de unos niveles o calificaciones cuya pauta de ponderación son los aspectos a valorar que describe el pliego. Ello, a juicio de este Tribunal, permite delimitar la valoración posterior de las ofertas en el curso del procedimiento de adjudicación, acotando el ámbito de discrecionalidad del órgano técnico evaluador que cuenta, por un lado, con unos aspectos o elementos a tener en cuenta en su función evaluadora y, por otro, con unas reglas preestablecidas para la asignación de puntos.

Sobre esta base, y tratándose de un criterio sujeto a un juicio de valor, debe poder admitirse un margen de apreciación técnica en el órgano evaluador para discernir cuando una oferta presenta determinadas bondades en los aspectos valorables o cuando no.



En este sentido, no debe olvidarse, primero, que estamos ante un criterio técnico sujeto a juicio de valor, segundo, que la comisión evaluadora está formada por personal técnico especializado a quien se presume conocimiento necesario para discernir en una oferta determinadas bondades de otra que no las presenta. Ello lleva a concluir que los aspectos que permitirán clasificar las ofertas en uno u otro nivel se definen de un modo claro en el pliego, otra cosa es que la apreciación de si una oferta presenta una u otra característica merezca el juicio técnico del órgano evaluador, pues para tal fin se ha configurado el criterio como evaluable mediante juicio de valor.

No puede acogerse, pues, el alegato de la recurrente sobre el excesivo margen de discrecionalidad que se concede al órgano evaluador con la redacción del criterio y tampoco que las entidades licitadoras desconozcan, a la hora de preparar sus ofertas, qué elementos de las mismas serán valorados y de qué modo. El pliego recoge tanto esos elementos -al detallar los subcriterios y los aspectos evaluables- como las reglas de valoración -en forma de escala de puntos por niveles de mayor o menor bondad: muy deficiente, deficiente, suficiente, bueno y excelente-.

Otra cosa es que las entidades licitadoras desconozcan a priori la concreta puntuación que recibirán en el criterio, pero ello no vulnera los principios de transparencia e igualdad de trato, pues de otro modo sería imposible conciliar tales principios con el respeto a la discrecionalidad técnica permitida en la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor. No se olvide que la peculiaridad de estos es precisamente que, aun cuando se valoren en términos absolutamente objetivos, no es posible prever de antemano con certeza cuál será el resultado de la valoración.

Con base en las consideraciones realizadas, procede, pues, desestimar el segundo de los alegatos del recurso interpuesto.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal



ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE DEPORTES DE ANDALUCÍA** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Gestión y explotación del servicio público del centro deportivo y piscina municipal “Christian Jongeneel” de Rincón de la Victoria» (Expte. 124/17), convocado por el Ayuntamiento de Rincón de la Victoria (Málaga) y, en consecuencia, anular ambos pliegos, con retroacción de las actuaciones para que en los nuevos pliegos que, en su caso, se aprueben se tengan en cuenta las consideraciones realizadas en el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución, con publicación de una nueva licitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal en Resolución de 8 de febrero de 2018.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

