

Recurso 200/2016**Resolución 245/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 14 de octubre de 2016.

Visto el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE DEPORTES DE ANDALUCÍA (AEDA)** contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el procedimiento de contratación denominado “Servicio de escuelas deportivas municipales de gimnasia mantenimiento, sala musculación de Santa María del Águila, yoga, deporte adaptado a la tercera edad, baile moderno y multideporte” (Expte. 110/16), promovido por el Instituto Municipal de Deportes de El Ejido, ente instrumental adscrito al Ayuntamiento de El Ejido (Almería), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El procedimiento de licitación se convocó mediante anuncios publicados el 25 de julio de 2016 en el Boletín Oficial de la Provincia de Almería número 140 y en el perfil de contratante del Instituto Municipal de Deportes de El Ejido.



El valor estimado del contrato asciende a 723.710,20 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, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley (en adelante Real Decreto 817/2009) 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, en su redacción dada por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto.

TERCERO. El 10 de agosto de 2016, fue presentado en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE DEPORTES DE ANDALUCÍA (en adelante AEDA) contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato citado en el encabezamiento. Dicho escrito de interposición de recurso fue remitido por el órgano de contratación a este Tribunal el 16 de agosto de 2016.

CUARTO. Por la Secretaría del Tribunal, el 17 de agosto de 2016, se solicita a la AEDA que aporte determinada documentación para la subsanación de su escrito de interposición del recurso. Dicha documentación fue remitida por la citada recurrente teniendo entrada en este Tribunal el 19 de agosto de 2016.

QUINTO. Con fecha 25 de agosto de 2016, mediante oficio la Secretaría de este Tribunal solicita al órgano de contratación las alegaciones a la medida cautelar de suspensión del procedimiento solicitada por la recurrente. El 5 de septiembre de 2016 tiene entrada en el Registro de este Tribunal la documentación mencionada, que fue previamente anticipada por correo electrónico el día 1 de septiembre de 2106.



SEXTO. Por la Secretaría del Tribunal con fecha 2 de septiembre de 2016, se concedió un plazo de cinco días hábiles a los licitadores para que presentaran alegaciones, habiéndolas presentado en el plazo concedido la asociación deportiva CLUB DEPORTIVO ALBORÁN EJIDO (en adelante CLUB ALBORÁN EJIDO).

SÉPTIMO. Mediante Resolución, de 2 de septiembre de 2016, este Tribunal adoptó la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación de contrato citado en el encabezamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Procede, en primer lugar, analizar la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso interpuesto, habida cuenta que la actuación impugnada procede de una Corporación Local.

El artículo 41.4 del TRLCSP dispone que *“En el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación.*

En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.”

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, cuyo artículo 1 lo define como órgano de carácter especializado que actuará con plena independencia funcional, al que



corresponderá, entre otras competencias, el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación contra actos dictados en materia de contratación pública que emanen de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades instrumentales de la misma que ostenten la condición de poderes adjudicadores.

Asimismo, el artículo 10, apartados 1 y 2, del citado Decreto, bajo el título “Entidades locales de Andalucía”, dispone lo siguiente:

“1. En el ámbito de las entidades locales andaluzas y de los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación, de la cuestión de nulidad y de las reclamaciones a que se refiere el artículo 1 de este Decreto corresponderá a los órganos propios, especializados e independientes que creen, que actuarán con plena independencia funcional conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (...).

2. De conformidad con la competencia de asistencia material a los municipios que atribuye a las provincias el artículo 11.1 c) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, y en la forma regulada en el artículo 14.2 de dicha Ley, el conocimiento y resolución de estos recursos especiales y de las citadas cuestiones de nulidad y reclamaciones podrán corresponder a los órganos especializados en esta materia que puedan crear las Diputaciones Provinciales.”

De otro lado, el apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo, dispone que *“En el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía*



será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.”

Por tanto, en lo que se refiere a los recursos de las Corporaciones Locales de Andalucía, por aplicación de la disposición estatal antes citada, hay que estar necesariamente a lo dispuesto en la norma autonómica sobre la materia, en concreto, al artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, precepto que no atribuye directamente competencia a este Tribunal para la resolución de los recursos especiales procedentes de dichas Corporaciones, pues permite que aquéllas creen sus propios órganos especializados o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolver dichos recursos a través de órganos propios también especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquéllos.

En el presente supuesto, el Ayuntamiento de El Ejido comunica que no ha procedido a la creación de órgano propio para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la asociación recurrente para la interposición del presente recurso especial.

A este 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.”*

Por su parte, el artículo 31, apartados 1 y 2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, -de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP y del apartado a) de la disposición



transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas-, señala que:

“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

(...)

Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca.”

Sobre la legitimación activa de las asociaciones existe abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que se ha de entender, 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. Asimismo este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la legitimación activa de las asociaciones, entre las más recientes, en la Resolución 254/2015, de 15 de julio, en la 41/2016, de 18 de febrero, en la 151/2016, 1 de julio y en la 184/2016, de 4 de agosto.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses defendidos por este tipo de asociaciones, no pudiendo negárseles legitimación de partida y con carácter general, sin antes analizar aquella incidencia y el modo en que la misma resulta justificada e invocada en el recurso interpuesto.

En el supuesto examinado, en el artículo 2 de los estatutos de AEDA se establecen como fines de la asociación, entre otros: *“a) La representación, gestión, y defensa de los intereses económicos, sociales, laborales y profesional de sus miembros, ante toda clase de organismos administrativos y judiciales, así como la negociación colectiva; y k) En general, cuantas otras funciones se*



consideren convenientes para el fomento, desarrollo y mejora de la industria deportiva”.

En este sentido, la AEDA impugna determinados extremos de los pliegos al considerar que los mismos perjudican los intereses generales de sus asociados, por lo que es posible apreciar aquella conexión específica entre el acto impugnado y los intereses que representa y defiende la asociación recurrente, debiendo reconocerse legitimación a la misma en la impugnación de la licitación objeto del presente recurso al amparo de lo previsto en el citado 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 contrato objeto de licitación es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen la licitación del contrato, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.a) y 2.a) del TRLCSP.

CUARTO. Antes de entrar en la cuestión de fondo planteada, procede analizar si el recurso ha sido interpuesto en plazo.

Al respecto, el artículo 44.2 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.

(...)

c) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a partir del día siguiente al de publicación”.

Asimismo, el artículo 19 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que:

“1. Cuando el recurso se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo que la Ley no exija que se difunda por este medio. En este último caso el plazo comenzará a contar desde el día siguiente a la fecha de publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación, y en el supuesto de que ésta última fecha no estuviera acreditada fehacientemente desde el día siguiente a la fecha de publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o, en su caso, en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales, según proceda.

2. 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 se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido.”



En consecuencia, en los supuestos en que se ha facilitado el acceso a los pliegos y demás documentos contractuales a través de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, el cómputo del plazo de quince días para interponer el recurso se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que se ha completado la publicidad de la convocatoria en los términos establecidos en el artículo 142 del TRLCSP, es decir, a aquél en que se ha producido la publicidad en los diarios oficiales correspondientes y en el perfil de contratante.

En el presente supuesto, la publicidad obligatoria de la licitación quedó completada el 25 de julio de 2016, fecha en que el anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia y en el perfil de contratante del órgano de contratación. En consecuencia, el recurso presentado el 10 de agosto de 2016 en el Registro del órgano de contratación se ha interpuesto dentro del citado plazo legal.

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 que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La recurrente solicita en su recurso que, con estimación del mismo, se anule el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), en concreto las cláusulas 12.2.b) a 12.2.d), y subsidiariamente que sean declaradas inválidas, retrotrayendo el procedimiento a fin de que se proceda a la modificación del citado pliego con nueva publicación y periodo de ofertas.

La recurrente centra su recurso en impugnar dentro de los criterios de adjudicación del contrato determinados apartados del denominado “Otros criterios”. Procede, pues, y con objeto de centrar los términos del debate traer a colación el contenido de dicho criterio de adjudicación que es objeto de controversia y que se recoge en la cláusula 12 del PCAP. Dice así:



“12.- CRITERIOS PARA LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.

La adjudicación se realizará a la proposición que, cumpliendo las condiciones de los Pliegos de Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas, sea la más ventajosa para el Instituto Municipal de Deportes de El Ejido, de acuerdo con los siguientes CRITERIOS DE VALORACIÓN:

1.- Precio (...).

2.- Otro Criterios:

a) (...).

b) Por coincidencia del objeto social con las modalidades deportivas incluidas en el contrato: 10 puntos en caso de coincidencia plena, 5 puntos para entidades cuyo objeto social sea multideportivo encontrándose entre las modalidades deportivas incluidas en dicho objeto social las del contrato y 0 puntos en el resto de los casos.

c) Si el licitador es una entidad deportiva sin ánimo de lucro, 20 puntos.

d) Por cada temporada de experiencia en escuelas deportivas gestionadas con similar número de módulos al del contrato (+/- 15%), 1 punto, hasta un máximo de 10 puntos.”

Sobre el particular la recurrente basa su alegato en los siguientes argumentos:

Afirma que la citada cláusula beneficia injustamente al actual prestador del servicio, por lo que deben ser declaradas nulas, conforme a los artículos 31 y 32.d) del TRLCSP, vulnerando asimismo la prohibición de discriminación que contempla el artículo 139 del mismo texto refundido. En concreto, considera que lo determinante de dicha cláusula es que entraña en todas sus apartados indudables ventajas para el actual prestador del servicio, que es un club deportivo sin ánimo de lucro.

Señala que el citado club, actualmente prestador del servicio, va a conseguir si se presenta a la presente licitación la siguiente puntuación:

1. Con respecto al apartado b) de la cláusula 12.2 del PCAP, por coincidencia plena del objeto social va a obtener 10 puntos, exigencia que, a su juicio, es del todo carente de lógica jurídica y de sentido común ya que a la hora de elegir un



objeto social para una empresa de servicios deportivos lo lógico es ceñirse a esto, y no cerrar el objeto de forma que coincida exactamente con lo que se viene prestando.

2. Con respecto al apartado c) de la citada cláusula 12.2 del PCAP, por tener la condición de ente sin ánimo de lucro se le otorgará otros 10 puntos, cuando, a su entender, tal exigencia es una discriminación por razón del tipo de entidad, como podría ser por el tipo de raza, ya que no apela a ninguna ventaja de economía social, cosa por otra parte imposible ya que tienen las mismas obligaciones fiscales y laborales que una empresa, aunque estén menos vigiladas.

3. Por último, con respecto al apartado d) de la mencionada cláusula 12.2 del PCAP, afirma que obtendría otros 10 puntos por cada temporada de prestación de los exactamente iguales tipos y números de módulos a prestar, ya que conforme a la adjudicación anterior, los módulos ya adjudicados, serán prácticamente iguales a los que hay que adjudicar ahora, y que coincidirán con los que propondrá el actual prestador del servicio, y que además no figuran detallados en los pliegos, de forma que solo quien tiene el detalle de la prestación actual, puede otorgarse el máximo de puntos.

Por tanto, concluye la recurrente, el actual prestador del servicio, si se presenta, puede auto otorgarse de forma preconstituida el máximo de puntuación en estos tres apartados, obteniendo una evidente ventaja sobre el resto de competidores, lo cual prohíben expresamente las disposiciones invocadas y también una amplísima doctrina asentada en los Tribunales Administrativos de de Recursos Contractuales y en particular en el de la Junta de Andalucía.

Por su parte el órgano de contratación en el informe al recurso afirma lo siguiente:



1. Conforme al apartado b) de la cláusula 12.2 del PCAP, manifiesta lo aventurado de la afirmación de la recurrente de que la entidad que ha venido gestionando el servicio durante las últimas temporadas deportivas vaya a obtener la máxima puntuación que otorga este aspecto del criterio (10 puntos). A su juicio, considerando -a falta de poder analizar la documentación que ha presentado en el presente procedimiento de contratación-, la posibilidad de que a lo largo de los últimos ejercicios dicha entidad -actual prestador del servicio- ha podido incorporar nuevas modalidades deportivas, su puntuación podría ser cualquiera de las previstas en la descripción de la aplicación del criterio, como la de cualquier otra entidad que quiera participar en la licitación, ya que, las modalidades deportivas de las Escuelas Deportivas Municipales que se licitan mediante este procedimiento son públicas y cualquier entidad puede, en su caso, adecuar su objeto social a las mismas.

2. Conforme al apartado c) de dicha cláusula 12.2 del PCAP, considera que es totalmente compatible una adecuada prestación del servicio deportivo, con los principios rectores del fomento del deporte, que es la finalidad del Instituto Municipal de Deportes de El Ejido, y con los principios generales de la contratación pública, sin que el hecho de que un determinado tipo de entidad contribuya en mayor grado al cumplimiento de los fines generales de una determinada Administración signifique, como quiere hacer creer la recurrente, discriminación o desigualdad de trato, sino simplemente el reflejo del hecho diferencial de que un club deportivo contribuye en mayor medida al cumplimiento de los objetivos del sistema deportivo municipal en sus diferentes facetas, tales como promoción del asociacionismo, fomento del deporte de base y del deporte para todos, fomento del deporte de competición, etc., facetas que si bien se han adoptado como criterios de valoración en cualquier caso no excluye a otro tipo de entidades.

3. Por último, conforme al apartado d) de la citada cláusula 12.2 del PCAP, señala que los procedimientos de licitación se diseñan con la finalidad de seleccionar la oferta más ventajosa para la Administración adjudicadora y el



concepto de oferta más ventajosa es un compendio de precio, capacidad de gestión y calidad en la prestación, por ello, y dada la complejidad de la prestación objeto de licitación, el que la entidad adjudicataria tenga experiencia en la gestión de escuelas deportivas municipales de similar número de módulos se considera como un eje básico y fundamental para poder calificar a cualquiera de las ofertas de más ventajosa, de hecho, para evitar una interpretación a posteriori del término "similar" se introduce para la valoración un rango de una amplitud del “+/- 15%”, lo que hace que cualquier entidad que haya gestionado escuelas deportivas de entre 81 y 111 módulos, obtendrá la máxima puntuación en este criterio por cada temporada en que las haya gestionado.

Es obvio, a juicio del órgano de contratación, que a día de hoy no hay ninguna entidad que haya prestado servicios al municipio de El Ejido que pueda obtener la máxima puntuación en este criterio más que el anterior contratista, pero la licitación es por procedimiento abierto, y a su entender habrá entidades, varias o muchas, que en municipios limítrofes, en la provincia de Almería, en Andalucía o en el resto de España, pueden obtener la máxima puntuación en este criterio. Así pues, concluye el informe al recurso, el hecho de que el anterior contratista pueda obtener puntuación en este criterio no es consecuencia de ningún favoritismo sino de la pura realidad de que lleva prestando este mismo servicio durante varias temporadas deportivas.

Por último CLUB ALBORÁN EJIDO, como entidad interesada, señala lo siguiente:

1. En relación con el apartado b) de la cláusula 12.2 del PCAP, según sus estatutos su oferta no contaría con la máxima puntuación, sino con 5 de estos puntos, al no coincidir su objeto social exactamente con el objeto de la licitación, pues es club multideportivo con muchas modalidades deportivas dato que, a su juicio, debería haber contrastado la recurrente.



2. En relación con el apartado c) de la cláusula 12.2 del PCAP, a su entender, actualmente existen solamente en el municipio de El Ejido, más de 60 clubes en activo, los cuales, todos ellos, podrían presentarse a la licitación, y obtener los 20 puntos, eso sin contar los numerosos clubes que a nivel autonómico e incluso nacionales puedan existir, por lo tanto, los 20 puntos no son exclusivos del CLUB ALBORÁN EJIDO.

Concluye la entidad interesada señalando que, a su juicio, los clubes deportivos son el sistema básico de acceso de los usuarios al deporte en España, movidos además por un interés social-deportivo, sin embargo las empresas se mueven por intereses económicos, que por otro lado, es totalmente lícito.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el fondo de lo alegado por la recurrente. En concreto se ha de dilucidar si los criterios de adjudicación previstos en la cláusula 12.2 apartados b) al d) del PCAP se ajustan o no a la legalidad vigente.

En este punto, conviene recordar que, si bien el órgano de contratación goza de una amplia discrecionalidad a la hora de seleccionar los criterios de adjudicación que considere más idóneos en cada caso, dicha libertad de elección tiene sus límites en las exigencias derivadas del artículo 150 del TRLCSP.

Al respecto, el citado artículo 150 del TRLCSP señala en lo que aquí interesa lo siguiente:

"1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como (...).

2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en



los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

(...).

5. Los criterios elegidos y su ponderación se indicarán en el anuncio de licitación, en caso de que deba publicarse.

(...)."

En definitiva, lo que persigue el TRLCSP es que los criterios de valoración de las ofertas estén claramente delimitados y tengan relación con el objeto del contrato, que sean suficientemente conocidos por todos los licitadores, y que se apliquen en pie de igualdad para todos éstos, de modo que en ningún caso se otorgue al órgano de contratación un poder de elección desmedido o ilimitado, ni se valoren las ofertas sin respetar los principios fundamentales de transparencia, igualdad de trato y no discriminación.

En este sentido se ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia, de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab*, que en su apartado 52, recogiendo el parecer de la Comisión Europea indica que ésta “*considera que los criterios de adjudicación de contratos públicos que pueden tenerse en cuenta para apreciar la oferta económicamente más ventajosa deben cumplir cuatro requisitos. A su juicio, dichos criterios deben ser objetivos, aplicables a todas las ofertas, estrictamente relacionados con el objeto del contrato de que se trate y suponer una ventaja económica que redunde en beneficio directo de la entidad adjudicadora*”.



Señala esta misma sentencia que el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en los ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia.

Así las cosas, para analizar la conformidad a derecho de los criterios objeto de debate -descritos en los apartados b) al d) de la cláusula 12.2 del PCAP-, se ha de partir de la exigencia de que los criterios de adjudicación seleccionados guarden una vinculación directa con el objeto del contrato, y no con las características o circunstancias de la empresa licitadora.

A estos efectos, conviene traer a colación el Informe 45/2002, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el que, con invocación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se expone que: *“El Tribunal de Justicia advierte que en el procedimiento de adjudicación de un contrato existen dos fases claramente diferenciadas. En la primera se procede a la valoración cualitativa de las empresas candidatas mediante el examen de los medios de que han de disponer para la ejecución del contrato (solvencia) y después, respecto de las admitidas en tal fase, se procede a la valoración de las ofertas que cada una ha presentado y, en tal sentido, señala que se trata de operaciones distintas regidas por normas diferentes”*.

En cuanto a los elementos o circunstancias que han de ser tenidos en cuenta en cada una de estas dos fases, el mencionado Informe 45/2002, concluye que *“La valoración de la solvencia de las empresas y la valoración de las ofertas son dos operaciones distintas que se rigen por normas diferentes, por lo que se ha de reiterar el criterio mantenido por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en anteriores informes que se han citado, en el sentido de que los medios que los órganos de contratación pueden utilizar como acreditativos*



de la solvencia y que tienen por finalidad determinar la capacidad económica y técnica de las empresas para la ejecución del contrato, no pueden ser valorados para determinar la mejor oferta”.

Se puede por tanto concluir que la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como también la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han establecido la necesidad de distinguir entre criterios de solvencia de la empresa que constituyen características de la misma y los criterios de adjudicación que deben referirse a las características de la oferta, habiéndose utilizado esta diferenciación, fundamentalmente, para excluir la utilización como criterios de adjudicación de cuestiones tales como la experiencia de la empresa en la ejecución de contratos similares y otros de naturaleza análoga, que nada aportan en relación con la determinación de la calidad de la oferta efectuada por el licitador. Y ello porque lejos de referirse a cualidades de ésta última, lo hacen a circunstancias de la empresa licitadora considerada en su conjunto.

Esta cuestión ha sido abordada también en reiteradas resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales, así en la Resolución 187/2012 de 6 de septiembre y en la 290/2012 de 14 de diciembre, entre otras y por este Tribunal en sus Resoluciones 64/2012, de 14 de junio, 18/2013, de 25 de febrero, 58/2013, de 10 de mayo y 46/2016, de 18 de febrero, entre otras.

Así pues, si analizamos los criterios objeto de debate, no podemos sino concluir que lo que se está valorando son características de las propias empresas, tales como el objeto social, que la entidad no tenga ánimo de lucro y la experiencia, las cuales no pueden establecerse como criterios de adjudicación, pues no están directamente vinculadas al objeto del contrato y originan un tratamiento no igualitario y discriminatorio de los licitadores.

En consecuencia, en base a todas las consideraciones realizadas, procede estimar el recurso interpuesto y, en consecuencia, anular los apartados b) al d)



de la cláusula 12.2 del PCAP, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la aprobación de los pliegos de la contratación, a fin de que en los nuevos pliegos que, en su caso, se aprueben se tenga en cuenta lo expuesto en esta resolución y se convoque una nueva licitación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE DEPORTES DE ANDALUCÍA (AEDA)** contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el procedimiento de contratación denominado “Servicio de escuelas deportivas municipales de gimnasia mantenimiento, sala musculación de Santa María del Águila, yoga, deporte adaptado a la tercera edad, baile moderno y multideporte” (Expte. 110/16), promovido por el Instituto Municipal de Deportes de El Ejido, ente instrumental adscrito al Ayuntamiento de El Ejido (Almería) y, en consecuencia, anular los mismos, debiendo procederse en los términos expuesto en esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por este Tribunal en Resolución de 2 de septiembre de 2016.

TERCERO. Notificar la presente resolución a todos 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.

