



EB 2021/183

Resolución 006/2022, de 14 de enero, 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 SOCIEDAD COOPERATIVA DE EXHIBIDORES FIDES NORTE contra la exclusión de su oferta y la adjudicación del contrato de “Suministro de películas de cine”, tramitado por el Ayuntamiento de Ermua.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 21 de septiembre de 2021 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la SOCIEDAD COOPERATIVA DE EXHIBIDORES FIDES NORTE (en adelante, FIDES) contra la exclusión de su oferta y la adjudicación del contrato de “Suministro de películas de cine”, tramitado por el Ayuntamiento de Ermua.

SEGUNDO: El mismo día 21 se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron la copia del expediente de contratación 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 el día 23 del mismo mes.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 23 de septiembre, no se ha recibido alegación alguna.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de que O.E.C.J. actúa en nombre.

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

En el presente supuesto el recurso se interpone formalmente contra el acuerdo de adjudicación que, según el artículo 44.2 c) de la LCSP, es un acto susceptible de recurso especial.

Sin embargo, material o sustantivamente se recurre la exclusión de su oferta, que se le comunica al mismo tiempo que el citado acuerdo, que en virtud del artículo 44.2.b) de la LCSP también es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.



QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Ermua tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

- a) La introducción del documento relativo a “factores técnicos” en el sobre de los criterios sujetos a juicio de valor ha sido un error voluntario, de forma que el mismo documento se incluyó también en el sobre relativo a los criterios automáticos.
- b) Dicho error debe ser considerado como subsanable, pues no se entiende en qué puede afectar dicha información a la valoración de un criterio sujeto a juicio de valor. Además, podría haberse solucionado el error con la simple omisión de dicha documentación por parte del técnico informante. Por todo ello, se estima que la exclusión de la oferta conculca el principio de proporcionalidad reseñado en el artículo 129 de la LPAC.
- c) Considera la recurrente que se ha iniciado el suministro de las películas sin haber un contrato formalizado, pues el procedimiento se encuentra suspendido por la presentación del presente recurso.
- d) Finalmente, solicita (i) que se declare la disconformidad a Derecho de la resolución impugnada; (ii) que se retrotraigan las actuaciones para una nueva valoración completa de las ofertas presentadas.



SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador entiende que debe desestimarse el recurso por las siguientes razones:

a) Es pacífico, pues la recurrente así lo reconoce, que FIDES incluyó en el archivo 2 (criterios evaluables mediante juicio de valor) la documentación denominada “Factor técnico” que es un criterio evaluable mediante fórmula matemática que debía incluirse en el archivo 3. Así pues, la cuestión debatida se reduce a determinar las consecuencias de dicha actuación, considerando el Ayuntamiento que, con base en las resoluciones de los Órganos y Tribunales Administrativos de Recursos contractuales, sólo cabe la exclusión por haberse vulnerado el secreto de la proposición y, por tanto, la posibilidad de influir en la valoración de los criterios subjetivos, sin que quepa la posibilidad de subsanación solicitada por la recurrente.

b) Por último, al margen de que el procedimiento se encuentre suspendido por la presente reclamación impugnatoria y, por ende, no se haya procedido a la formalización del contrato, entiende la administración actuante que, siendo el acto recurrido el de la adjudicación, no procede el análisis de los actos de trámite posteriores a aquél.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación, que por no haber sido impugnados en tiempo y forma vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación:

PCAP

Decimoquinta. Presentación de proposiciones

Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el



Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea.

Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones.

(...)

La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas.

Decimosexta. Contenido de las proposiciones

(...)

2. Archivo electrónico 2

Título: Documentación relativa a criterios evaluables mediante juicio de valor

En el archivo electrónico 2 se incluirá la documentación acreditativa de los criterios evaluables mediante juicio de valor especificados en **el apartado 9 del Cuadro de Características**.

Criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, se distribuirán 30 puntos:

Cada empresa participante presentará una memoria de desarrollo de la programación. En función de la misma, se valorará la calidad y cantidad de las películas que la empresa haya programado el año anterior, distribuyendo la puntuación a otorgar en los siguientes apartados:

- Películas europeas, latinoamericanas y de otras cinematografías de presencia minoritaria en el mercado y en versión original: un máximo de 10 puntos
- Películas estrenadas o distribuidas durante el año anterior que estén producidas en euskera o se hayan rodado en Euskadi, aún siendo en castellano: un máximo de 10 puntos
- Películas que hayan sido premiadas o reconocidas en la categoría de “Mejor película” en certámenes, muestras o festivales, exceptuando los Oscar: un máximo de 5 puntos.
- Asimismo, se valorará con un máximo de 5 puntos la oferta de propuestas paralelas, como presentación de películas, conferencias de directores/as o actores/actrices, etc.

3. Archivo electrónico 3

En este archivo electrónico 3 se incluirá la oferta económica y demás criterios evaluables mediante fórmulas. Se distribuirán 70 puntos

1. Oferta económica: hasta un máximo de 55 puntos.

(...)

2. Factor técnico: hasta un máximo de 15 puntos, según la siguiente distribución:

- Se valorará con **5 puntos** el mayor plazo presentado como anticipación temporal en la confirmación de la programación, que deberá ser como mínimo de 7 días antes de su emisión. Se otorgará la máxima puntuación a la oferta con el plazo indicado en días más amplio de anticipación, distribuyendo la puntuación al resto de acuerdo con la fórmula de proporcionalidad directa. La oferta mínima establecida en el pliego (7 días) obtendrá 0 puntos.



□ Se valorará con **5 puntos** la anticipación de la entrega de las películas programadas, que no podrá ser inferior a una vez por semana.

Se otorgará la máxima puntuación a la oferta con el plazo indicado en días más amplio de anticipación, distribuyendo la puntuación al resto de acuerdo con la fórmula de proporcionalidad directa. La oferta mínima establecida en el pliego (una vez por semana) obtendrá 0 puntos.

□ Se valorará con **3 puntos** la disponibilidad de sistemas de entrega propios.

□ Se valorará con **2 puntos** la existencia de canales de comunicación ágiles y urgentes para solventar incidencias que puedan producirse en el momento de la exhibición de la película. Se deberán determinar los canales propuestos.

La oferta económica, así como los criterios evaluables mediante fórmulas se realizarán conforme al modelo que se adjunta como **ANEXO II** este Pliego.

(...)

La exclusión impugnada se basa en que la recurrente ha incluido en el Archivo 2 información que anticipa un contenido relativo a un criterio de adjudicación sujeto a evaluación mediante fórmula, infringiendo el artículo 146.2 de la LCSP.

a) Sobre la exclusión de la recurrente por infringir la valoración separada de los criterios de adjudicación

Sobre esta cuestión se expondrá en primer lugar la doctrina general de este Órgano para después contrastarla con el caso concreto.

a 1) Doctrina general sobre la finalidad de la valoración separada y el alcance de su infracción

El OARC / KEAO sostiene (ver, por todas, su Resolución 197/2019) que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio es evitar que el conocimiento de los aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas condicione los juicios de valor que necesariamente habrán de emitirse para aplicar los criterios de adjudicación no sujetos a la aplicación de fórmulas. Es decir, se busca la objetividad en el juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, conscientemente o no, compensara las puntuaciones resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de alguna empresa. El sistema anula también el denominado «efecto halo» en la atribución de puntuaciones al separar radicalmente la valoración de cada tipo de criterio,



impidiendo, por ejemplo, que quien efectúa el informe técnico tienda a sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este apartado porque sabe que también es la más barata. La sanción al licitador que infringe esta regla de presentación, de modo que posibilita el conocimiento prematuro de un aspecto evaluable mediante fórmula en perjuicio de una aplicación objetiva y no discriminatoria de los criterios de adjudicación, es la exclusión de la oferta, sin que quepa que el órgano de contratación gradúe dicha consecuencia en atención a la buena fe del operador y sin que sea necesario probar la existencia de un daño efectivo a dicha objetividad (ver, en este sentido la Resolución 43/2019 del OARC/KEAO). No obstante, la infracción no puede ser meramente formal, sino material, de modo que sea apta o suficiente para comprometer la objetividad de la evaluación de las ofertas por dar a conocer datos que anticipan el resultado de la aplicación de los criterios sujetos a fórmula (ver, por ejemplo, la Resolución 157/2018 del OARC / KEAO). Siguiendo este criterio, este OARC/KEAO ha considerado que no infringía el secreto de la oferta la información que era de conocimiento directo por el órgano de contratación (ver, en este sentido la Resolución 68/2018) o que tiene una conexión lejana con el criterio de adjudicación de evaluación automática (ver, en este sentido las Resoluciones 100/2013 y 32/2018) o la información que es dispersa, parcial y genérica (ver la Resolución 125/2019) o cuando la información aportada es irrelevante (ver la Resolución 157/2018) o si ha sido provocada o inducida por una redacción oscura de la documentación contractual contraria al principio de transparencia (ver la Resolución 124/2019).

a 2) Sobre la documentación presentada por la recurrente y la relevancia de la infracción de la valoración separada.

A la vista de la doctrina expuesta en la letra a) anterior y del contenido (no discutido) del sobre 2 presentado por la recurrente, el motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) El PCAP, en concreto en su cláusula 16, es claro y preciso al detallar la documentación que debe incluirse en cada archivo, y sin necesidad de



interpretación alguna se concluye que la información relativa al criterio automático **Factor técnico: hasta un máximo de 15 puntos** debe adjuntarse únicamente al archivo 3. Por otro lado, tampoco hay duda sobre que la documentación incluida por la recurrente en el archivo 2 relativo a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor contiene datos concernientes al criterio automático citado, revelando así anticipadamente aspectos de la proposición que debieran haber permanecido secretos, e impidiendo la valoración separada que, como garantía de la objetividad de la valoración, establece la LCSP.

- 2) No puede acogerse la alegación de que el conocimiento de dicha información es intrascendente para la valoración del contenido del archivo 2, pues, como se ha expuesto en el apartado anterior relativo a la doctrina de este Órgano, el conocimiento anticipado de información de la proposición puede comprometer la objetividad del informante, pudiéndose infringir el más elemental respeto al principio de igualdad de trato y, precisamente para evitar tal posibilidad, el artículo 146.2 de la LCSP establece el *iter* procedimental de apertura de los sobres o archivos de forma separada y ordenada.
- 3) Tampoco puede aceptarse la alegación de FIDES respecto de la posibilidad de aclaración o subsanación de su oferta, pues tal y como señaló este OARC/KEAO en sus Resoluciones 174/2019, no es aceptable que el licitador reclame a la Administración la concesión de una posibilidad de subsanación o aclaración para compensar una deficiente elaboración de la oferta de la que solo él es responsable (ver, por ejemplo, la Resolución 184/2018 del OARC / KEAO y la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191). Debe tenerse en cuenta, por último, que el criterio anti formalista en aras a promover la máxima concurrencia en las licitaciones invocado por la recurrente, se entiende respecto de la posibilidad de subsanación de los defectos de las proposiciones presentadas por los licitadores, pero solo cuando se trate de defectos puramente formales, esto es, de errores u omisiones en aspectos no esenciales de la oferta, que puedan ser



susceptibles de ser corregidos, sin que dicha corrección o subsanación implique una modificación de la oferta, circunstancia que no se produce en la presente impugnación, pues el daño a la valoración separada ya se ha producido.

- 4) Sentado todo lo anterior, y una vez abierto por el poder adjudicador el archivo 2, el conocimiento prematuro de la información que en el mismo se contiene es relevante porque se manifiesta como oferta contractual y supone una infracción material y no puramente formal, pues permite anticipar el resultado de la aplicación de un criterio sujeto a apreciación mediante fórmula. Esta infracción es únicamente imputable a la falta de diligencia de la recurrente a la hora de elaborar su proposición y su inevitable y proporcionada consecuencia es la exclusión de la oferta.

b) Conclusión

A la vista de todo lo anterior, el recurso debe desestimarse en su integridad. Por lo que se refiere a la alegación de que la prestación contractual ya se ha iniciado, se trata de una cuestión irrelevante para resolver la pretensión 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:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por la SOCIEDAD COOPERATIVA DE EXHIBIDORES FIDES NORTE contra la exclusión de su oferta y la resolución de adjudicación del contrato de “Suministro de películas de cine”, tramitado por el Ayuntamiento de Ermua.



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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2022ko urtarrilaren 14a

Vitoria-Gasteiz, 14 de enero de 2022