EB 2024/080

Resolución 191/2024, de 18 de octubre, 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 empresa ETENON FITNESS, S.L.U., contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de "Suministro, instalación y mantenimiento mediante arrendamiento financiero con opción de compra (leasing) del equipamiento de las salas de gimnasio fitness y cardio de Polideportivo Manuel Muñoz de Eskoriatza", tramitado por el Ayuntamiento de Eskoriatza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 22 de mayo de 2024 se presentó ante el Ayuntamiento de Eskoriatza, el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ETENON FITNESS, S.L.U., contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de "Suministro, instalación y mantenimiento mediante arrendamiento financiero con opción de compra (leasing) del equipamiento de las salas de gimnasio fitness y cardio de Polideportivo Manuel Muñoz de Eskoriatza", tramitado por el Ayuntamiento de Eskoriatza.

SEGUNDO: Junto con el escrito de recurso, el Ayuntamiento remitió además la copia del expediente de contratación, así como 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).

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 5 de junio, no se han presentado alegaciones.

Nahi izanez gero, J0D0Z-T67GA-0BSP bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: https://euskadi.eus/lokalizatzailea

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T67GA-0BSP en la sede electronica https://euskadi.eus/localizador

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: <u>Representación y legitimación</u>

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de R.R.G., que actúa en nombre y representación de ETENON FITNESS, S.L.U.

SEGUNDO: <u>Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial</u>

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

TERCERO: <u>Impugnabilidad del acto</u>

El artículo 44.2 b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

CUARTO: <u>Interposición del recurso en tiempo y forma</u>

El Ayuntamiento opone la extemporaneidad del recurso porque el acto recurrido es la exclusión y ha transcurrido un plazo superior a 15 días hábiles desde que se ha tenido conocimiento de la posible infracción, que en el presente caso tuvo lugar a través del perfil del contratante. A juicio de este Órgano, esta alegación no es aceptable y el recurso debe considerarse interpuesto en plazo. El

desarrollo reglamentario del procedimiento de recurso especial efectuado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, que, en lo referente al plazo de interposición del recurso respecto de los actos de trámite ha de entenderse en vigor por ser el contenido del art. 50.1.c) de la LCSP exactamente el mismo que el del art. 44.2b) del TRLCSP, dispone en su artículo 19.3 que cuando el acto de exclusión de algún licitador del procedimiento de adjudicación se notifique previamente al acto de adjudicación, el recurso contra la exclusión deberá interponerse dentro del plazo de quince días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que se hubiera recibido por el licitador la notificación del acto de exclusión. Ahora bien, las notificaciones a las que se refiere la LCSP se han de hacer de conformidad con lo dispuesto en su Disposición Adicional 15ª, sin que puedan ser sustituidas (ver, en este sentido, la Resolución 129/2017 de este Órgano) por las publicaciones o comunicaciones a través del perfil del contratante, pues estas por sí mismas no producen efectos notificadores y, menos, cuando carecen de los requisitos exigidos por el artículo 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, como es el caso.

QUINTO: **Régimen jurídico del poder adjudicador**

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

SEXTO: Alegaciones de la recurrente

Los argumentos en los que se funda el recurso son, en síntesis, los que se exponen a continuación:

a) En la propuesta de mantenimiento presentada en la memoria técnica para su enjuiciamiento mediante los criterios de carácter subjetivo no se hace referencia a las visitas de mantenimiento preventivo que han de detallarse en el sobre 3 relativo a los criterios de carácter automático, que son independientes de estas últimas y no deben confundirse.

b) La propuesta propone 4 visitas dentro del plan de mantenimiento y otras 4 visitas dentro del mantenimiento correctivo, siendo un total de 8 visitas presentadas de manera independiente.

c) Finalmente, se solicita que se declare no conforme a derecho la exclusión de la oferta de la recurrente y, consecuentemente, que se ordene la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a la exclusión para que se admita la oferta y se prosiga el procedimiento hasta su resolución.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador considera que el recurso debe ser inadmitido por extemporáneo.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el debate principal planteado por el recurso es la adecuación legal de la exclusión de la proposición de la recurrente por infringir la valoración separada de los criterios discrecionales y de los sujetos a fórmula.

El análisis del recurso debe partir del contenido de los pliegos, que rigen el procedimiento de adjudicación y vinculan al poder adjudicador y a los licitadores por no haber sido impugnados en tiempo y forma. En concreto, los apartados más relevantes de la documentación contractual son los siguientes:

Cláusulas específicas del PCAP

[…]

19.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

CRITERIOS CUALITATIVOS EVALUABLES POR JUICIOS DE VALOR (HASTA 49 PUNTOS)

Se ha presentado una memoria técnica del equipamiento que se licita. Dentro de la memoria técnica se desarrollarán los siguientes apartados:

Se deberá adjuntar la ficha técnica de cada unidad, con el detalle de las características técnicas de las mismas, así como los catálogos originales de los equipos y certificados acreditativos del cumplimiento de la normativa vigente (homologación CE, normas UNE-ENune, DIN, etc.).

A. DISTRIBUCION DE LOS ESPACIOS **(35 puntos)**

- Propuesta de adecuación de los espacios en base a los tipos de usuarios. **(13 puntos)**
- Organización espacial del equipamiento correspondiente a la distribución realizada desde el punto de vista funcional **(12 puntos)**
- Características técnicas específicas de la maquinaria **(10 puntos)**

B. SALA CARDIO **(4 puntos):**

- Distribución de la sala de cardio teniendo en cuenta las maáquinas ofetadas **(4 puntos)**

C. PROPUESTA DE MANTENIMIENTO DE MAQUINARIA **(5 puntos)**
Posibilidad de disponer en la instalación de un pequeño remanente de piezas básicas de las máquinas propuestas por el licitador.

D. PROPUESTAS DE MEJORA **(5 puntos)**
Estas mejoras correrán a cargo de la empresa, es decir, no supondrán un sobrecoste para el Ayuntamiento y tendrán el objetivo de mejorar el servicio o la instalación.

- Además del material mencionado, material propuesto por la empresa sin sobrecoste alguno para el contratante **(5 puntos)**

• OBSERVACIONES:

Los criterios de valoración serán los siguientes:

• Oferta insuficiente: hasta un 25% de la puntuación máxima del criterio.
• Oferta suficiente: hasta el 50% de la puntuación máxima del criterio.
• Buena oferta: hasta el 75% de la puntuación máxima del criterio.
• Oferta muy buena: hasta el 100% de la puntuación máxima del criterio.

CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE FÓRMULAS MATEMÁTICAS (HASTA 51 PUNTOS)

1.- Oferta económica (máximo 28 puntos)

Precio alquiler equipamiento: hasta 28 puntos

1.- Se indicará el alquiler mensual de todos los equipos.

Al mejor precio ofertado por el licitador se le otorgará la máxima puntuación. El resto de las ofertas s calcularán mediante la siguiente fórmula:

Lp = Gp x (Et/Le)
A menos que:
Lp = Puntuación de la empresa licitadora
Gp = Puntuación máxima
Et = Oferta más baja
Le = Oferta de la empresa licitadora

2.- Tiempo de respuesta en caso de avería (hasta 15 puntos)

Se concederán:

- Hasta 24 horas: 15 puntos
- Hasta 48 horas: 10 puntos
- Hasta 72 horas: 5 punto
- >72 horas: 0 puntos

4.- Mantenimiento preventivo (hasta 8 puntos)

Número de visitas anuales para garantizar el buen funcionamiento del equipamiento.

- Máximo 2 visitas anuales: 4 puntos
- Máximo 4 visitas anuales: 8 puntos

A la vista de lo anterior, de las alegaciones de las partes y del resto de la documentación que consta en el expediente, a continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre la viabilidad del recurso.

a) Sobre la infracción de la valoración separada de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y de los evaluables mediante fórmulas

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 2/2023) que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio, establecida en el artículo 146.2 de la LCSP, 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 dicho juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que emitirlo conoce también total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, conscientemente o no, compensará las puntuaciones resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de alguna empresa. El sistema anula 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.

Para garantizar la valoración separada, el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece que la documentación

relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición para evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos. 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); en este sentido, la apreciación de la trascendencia de dicha infracción debe efectuarse con atención al principio de proporcionalidad, evaluando su relevancia y sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma (ver la sentencia del Tribunal Supremo de 4/5/2022, nº 523/2022, ECLI.ES:TS:2022:1642). Siguiendo estos criterios, 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), la que tiene una conexión lejana con el criterio de adjudicación de evaluación automática (ver, en este sentido las Resoluciones 100/2013 y 32/2018), la que es dispersa, parcial y genérica (ver la Resolución 125/2019) o la que es irrelevante (ver la Resolución 157/2018).

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

A la vista de la doctrina expuesta en la letra a 1) anterior y del contenido del sobre relativo a la oferta técnica y criterios evaluables mediante juicio de valor presentado por la recurrente, el motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

1) No existe discusión sobre que la recurrente, pues así lo reconoce, ha presentado en su oferta técnica 4 visitas que incluye en el criterio Propuesta de mantenimiento de maquinaria. Como bien indica el poder adjudicador en el informe que sustenta la exclusión de la recurrente, esta información permite conocer de forma indubitada la puntuación que va a obtener en el criterio automático número 4 Mantenimiento preventivo. Por ello, la infracción es materialmente significativa y no meramente formal, pues se revelan prematuramente datos que permiten anticipar con exactitud el resultado de un criterio sujeto a fórmula, lo que perjudica la objetividad de la evaluación de los criterios discrecionales, cuya garantía es la finalidad buscada por el sistema establecido en el artículo 146.2 de la LCSP. Consecuentemente, la exclusión de la oferta es la única medida adecuada y proporcionada.

2) En el mismo sentido, debe tenerse en cuenta que, cuando se infringe el sistema de valoración separada previsto en la LCSP la información afectada siempre es, por definición, la relativa a los criterios sujetos a fórmula. Asimismo, los criterios cuya evaluación objetiva se ve perjudicada son precisamente los sujetos a un juicio de valor, en los que el uso del margen de apreciación que les es propio se ve mediatizado por el citado conocimiento prematuro de los datos relativos a los criterios automáticos, siendo irrelevante que dichos datos sean o no los efectivamente introducidos en el sobre 3, extremo que, además, se desconoce en el momento en el que el poder adjudicador ha de tomar la decisión de apreciar la posible infracción (ver la Resolución 21/2019 del OARC / KEAO).

3) Debe rechazarse el argumento de la recurrente de que dicha información incluida en la oferta técnica (4 visitas al año con su correspondiente calendario) es independiente de las otras 4 visitas que propone para el mantenimiento preventivo previsto como criterio automático. Al margen de que no se explica por qué deben considerarse como dos tipos de visitas diferentes e independientes, aunque ambas se refieran al mantenimiento de los equipos, este Órgano entiende que la infracción no

es una consecuencia ineludible de la forma en la que los pliegos han configurado los criterios de adjudicación y la documentación que debe aportar el licitador. Al contrario, este OARC/KEAO entiende que resulta clara la descripción de los criterios y la distinción de la información que ha de aportarse, tanto para la valoración del criterio sujeto a juicio de valor relativo a la propuesta de mantenimiento (Posibilidad de disponer en la instalación de un pequeño remanente de piezas básicas de las máquinas propuestas por el licitador) como para el criterio automático de mantenimiento preventivo (Número de visitas anuales para garantizar el buen funcionamiento del equipamientos) por lo que resulta evidente que la información relativa a las visitas aportada por la recurrente en su memoria técnica, además de absolutamente innecesaria para la valoración del criterio, constituye un error en la elaboración de la oferta únicamente achacable a la recurrente y cuyas consecuencias debe soportar.

4) Finalmente, tampoco se comparte el argumento relativo a que unas visitas se plantean para su valoración dentro del plan de mantenimiento y las otras cuatro hay que englobarlas en el mantenimiento correctivo, pues el "mantenimiento correctivo" como tal no es un criterio de adjudicación, careciendo su razonamiento, por tanto, de sustento.

b) Conclusión

A la vista de lo indicado anteriormente, el recurso debe desestimarse íntegramente.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por la empresa ETENON FITNESS, S.L.U., contra su exclusión de la adjudicación del contrato de "Suministro, instalación y mantenimiento mediante arrendamiento financiero con opción de compra (leasing) del equipamiento de las salas de gimnasio fitness y cardio de Polideportivo Manuel Muñoz de Eskoriatza", tramitado por el Ayuntamiento de Eskoriatza.

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

TERCERO: 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 esta (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2024ko octubre 18a

Vitoria-Gasteiz, 18 de octubre de 2024