



EB 2019/129

Resolución 170/2019, de 16 de octubre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la FUNDACIÓN TECNALIA RESEARCH & INNOVATION contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de secuenciación masiva” (Lote 4), tramitado por la Asociación Centro de Investigación Cooperativa en Biociencias (CICbioGUNE).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 22 de julio de 2019 tuvo entrada 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 FUNDACIÓN TECNALIA RESEARCH & INNOVATION contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de secuenciación masiva” (Lote 4), tramitado por la Asociación Centro de Investigación Cooperativa en Biociencias (CICbioGUNE).

SEGUNDO: El día 22 de julio se le remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron (con reiteración del 11 de junio) 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 24 de julio.





TERCERO: No constan en el expediente interesados diferentes del recurrente y del poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D. J.L.E.H., que actúa en su nombre.

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial los contratos de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.b) de la LCSP son impugnables 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. La parte recurrente impugna la decisión por la que se acuerda su exclusión del procedimiento.

CUARTO: Interposición en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.



QUINTO: Régimen jurídico

CICbioGUNE tiene la condición de poder adjudicador, pero no de Administración Pública, según el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

a) Contenido insuficiente del acta de la mesa de contratación en la que se acordó la exclusión de la oferta de la recurrente ya que no cumple los requisitos mínimos exigidos por el artículo 87.3 del Real Decreto 1098/2001, que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas (en adelante, RGLCAP) ni del artículo 18.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP). En concreto, no consta la relación de asistentes al acto de apertura, ni el orden del día de la reunión, ni el lugar y tiempo en el que se ha celebrado el acto de apertura del Sobre nº 2. En cuanto a la deliberación y acuerdo de exclusión adoptados, crean indefensión en la recurrente, que no asistió al acto de apertura, porque no se indica expresa y formalmente el contenido del acuerdo y la expresión de la deliberación es muy aséptica y limitada.

b) La exclusión es debida a que se han incorporado al Sobre nº 2 (Documentación técnica) los certificados ISO-9001 (a valorar de forma automática hasta 2,5 puntos) e ISO- 14001 (a valorar de forma automática hasta 2,5 puntos) sin que esta información afecte materialmente al principio de igualdad de trato ni al de imparcialidad de las valoraciones y secreto de la oferta por ser de conocimiento general toda vez que TECNALIA tiene publicada dicha información en su página web. Es decir, en ningún momento se ha descubierto información que no se conociera con anterioridad.



c) Una interpretación formalista de las causas de exclusión de las proposiciones podría vulnerar el principio de concurrencia ya que podría conllevar la exclusión de ofertas plenamente competitivas, de ahí que la jurisprudencia flexibilice sus requisitos.

d) Finalmente, solicita la anulación del acto de exclusión y la retroacción de las actuaciones hasta la apertura del Sobre nº 2.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se exponen:

a) CICbioGUNE tiene la condición de poder adjudicador, pero no de administración pública, por lo que la preparación y adjudicación de sus contratos se rige por las normas contenidas en las Secciones 1ª y 2ª del Capítulo I del Título I del Libro II de la LCSP, de lo que se infiere que el artículo 326 de la LCSP, comprendido en el Capítulo II del Título I del Libro IV, que regula las mesas de contratación, no le es de aplicación por referirse a “Administraciones Públicas”. Consecuentemente, CICbioGUNE no tiene la obligación de constituir Mesa de contratación y no lo ha hecho en el presente expediente, sino que ha sido el Comité de Asistencia Técnica al Órgano de Contratación el que se ha encargado de la apertura de los sobres y tampoco tiene la obligación de levantar acta si bien por un principio de transparencia, objetividad y publicidad ha plasmado lo acontecido en la apertura de los sobres en un documento.

b) Las fechas y horas de las aperturas se han publicado en la plataforma electrónica de Euskadi, así como la identificación de los miembros que componen el Comité de Asistencia Técnica al Órgano de Contratación. Al no existir obligación legal de llevar a cabo la apertura del sobre que contiene la oferta técnica mediante acto público, es el informe técnico de valoración el que



se publica en el perfil del contratante al cual se acompaña un acta para dar transparencia al procedimiento.

c) La oferta de TECNALIA fue excluida por haber incluido en el Sobre nº 2 documentación que necesariamente debía ir en el Sobre nº 3 y dicho error insubsanable se cometió dos veces: al incluir los certificados ISO9001 e ISO 14001 y al incluir el plazo de entrega de los resultados, que era otro criterio de adjudicación de apreciación automática.

d) La cláusula 8.2.2. del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) es clara al advertir que la inclusión en el sobre nº 2 de documentación relativa al precio o a los criterios evaluables de forma automática es causa de exclusión del procedimiento.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, son dos las cuestiones planteadas en el recurso: la nulidad del acta que contiene el acuerdo de exclusión por omitir las formalidades exigidas legalmente y causar indefensión al expresar de una manera confusa la causa de exclusión y si el introducir en el sobre destinado a la documentación evaluable mediante la aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor datos relativos a certificados de calidad que, si bien son evaluables mediante fórmulas, son de conocimiento general por estar difundidos en la página web de la recurrente supone una infracción material del secreto de la oferta.

El análisis de los motivos del recurso debe partir de las cláusulas contenidas en el PCAP relacionadas con las cuestiones planteadas y que, al no haber sido recurridas en su momento, han sido consentidas por las partes y, en consecuencia, contienen las bases por las que se ha de regir el procedimiento:

8.2.2. SOBRE Nº 2. “DOCUMENTACIÓN TÉCNICA”

Se presentará la documentación técnica que se exija en el apartado 7 de la Carátula.

* En ningún caso en el Sobre Nº 2 se incluirá documentación sobre la oferta económica o sobre



los criterios de valoración evaluables de forma automática correspondientes al Sobre N° 3, ni referencia alguna a los mismos, siendo esto causa de exclusión del procedimiento.

Cláusulas de la carátula relevantes:

7.- Documentación técnica a presentar en relación con los criterios de adjudicación del contrato

El licitador presentará la documentación que considere oportuna de cara a acreditar las condiciones mínimas exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas. En todo caso, deberá indicarse:

Lotes 1, 2, 3 y 4

- Plan de trabajo:

Se presentará una descripción detallada de los trabajos a realizar, proporcionando al menos una relación de:

- los procedimientos y técnicas empleados para la prestación del servicio
- los recursos humanos, técnicos y materiales de los que dispone
 - Cualquier otra documentación que el licitador considere conveniente para una mejor valoración de su oferta

8.- Criterios de adjudicación

8.1. Criterios no evaluables de forma automática: 30 puntos

Lotes 1, 2, 3 y 4

Criterios de adjudicación Puntuación máxima

A. Calidad de la oferta técnica 30

A. Calidad de la oferta técnica: de 0 a 30 puntos

Se valorará la calidad de la oferta técnica presentada de acuerdo con el contenido solicitado en el Sobre N° 2 “Documentación técnica”, otorgando 30 puntos a la mejor oferta y asignándose al resto la calificación proporcional que corresponda.

Conforme al artículo 146.3, el licitador que no supere el 50% de la puntuación en el conjunto de los criterios no evaluables de forma automática, esto es, 15 puntos de valoración, será excluido del procedimiento y, por tanto, no se procederá a cuantificar sus criterios evaluables de forma automática o mediante fórmula.

8.2. Criterios evaluables de forma automática o mediante fórmula: 70 puntos

Lotes 1, 2, 3 y 4

Criterio de adjudicación Puntuación máxima

B. Oferta económica 60

C. Plazo máximo de entrega 5

D. Certificados de gestión de calidad o ambiental 5

B. Oferta económica: de 0 a 60 puntos



Se deberá presentar el precio de conformidad con el Modelo de proposición económica y criterios evaluables de forma automática.

Aquel licitador que ofrezca un mejor precio, que no se considere desproporcionado, obtendrá la puntuación máxima de 60 puntos. Al resto se les asignará una puntuación proporcional, según la siguiente fórmula matemática:

FÓRMULA: $O_m / O_v \times 60$

Siendo:

O_m : oferta presentada más económica

O_v : oferta del licitador a valorar

60: el coeficiente para la ponderación de la valoración

* Se considerará desproporcionada la baja superior a un 25% respecto a la media aritmética de todas las proposiciones presentadas.

C. Plazo máximo de entrega: de 0 a 5 puntos

Se valorará la reducción del plazo máximo de entrega de los resultados indicado en el PPT.

Entrega en menos de 15 días naturales: 5 puntos

Entrega en menos de 20 días naturales: 3 puntos

Entrega en 28 días naturales: 0 puntos

D. Certificados de gestión de calidad o ambiental: de 0 a 5 puntos

Se valorará con hasta 5 puntos la presentación de los siguientes certificados:

- ISO 9001 de Sistemas de Gestión de Calidad: 2,5 puntos
- ISO 14001 de Sistemas de Gestión Ambiental: 2,5 puntos

La puntuación de este criterio queda supeditado a la presentación de los correspondientes certificados.

A continuación, se exponen las apreciaciones de este OARC/KEAO sobre las cuestiones planteadas.

- a) Sobre la omisión de los requisitos formales del acta en el que figura el acuerdo de exclusión y la indefensión causada por una expresión confusa del motivo de exclusión

Alega la recurrente que el acta en el que figura el acuerdo de exclusión de su oferta carece de los requisitos formales exigidos y que provoca su indefensión por no contener una expresión de las deliberaciones efectuadas y ser el motivo de exclusión poco claro.



Nos encontramos ante un contrato que ha de celebrarse por un poder adjudicador que no tiene la condición de Administración Pública por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la LCSP, no tiene la obligación de contar durante el procedimiento de adjudicación con una Mesa de Contratación (ver, en este sentido la Resolución 100/2016 del OARC/KEAO que, si bien referido al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, sus conclusiones sobre esta cuestión son aplicables al caso, así como la Recomendación de 1 de marzo de 2018 de la Junta consultiva de la Contratación Pública del Estado). Consecuentemente, la normativa reglamentaria alegada por la recurrente no es aplicable a este supuesto. Además, se aprecia que los requisitos que se dicen omitir, como la lista de asistentes al acto o el día fecha y lugar de apertura del sobre nº 2, carecen de relevancia para la defensa de los intereses de la recurrente, resultando relevante que, pudiendo asistir al acto de apertura, no lo hiciera.

Mayor relevancia tiene el segundo de los defectos observados, el referido a que la causa de exclusión es poco clara, debido a que puede provocar indefensión la motivación que no cumple con su debida función, que es la de facilitar el control de legalidad de la adjudicación a otros operadores jurídicos, como este Órgano resolutorio, y en especial, permitir la interposición de un recurso fundado (ver, en este sentido, la Resolución 82/2017 del OARC/KEAO).

La motivación de la exclusión a la que se le achaca el mencionado defecto es la siguiente:

Entre su Documentación técnica declara que disponen del Certificado ISO 9001 - Sistemas de Gestión de Calidad y del Certificado ISO 14001 – Gestión ambiental, siendo los mismos un criterio de adjudicación a valorar en el Sobre Nº 3, a tenor del apartado 8.2 de la Carátula (D. Certificados de gestión de calidad o ambiental) y por ello, causa de exclusión del procedimiento de licitación



Si bien la expresión de la causa de exclusión no es todo lo precisa que pudiera desearse, lo cierto es que cumple con su función, pues el recurrente ha concluido acertadamente los motivos por los que no se ha admitido su oferta a los cuales se ha podido oponer con los argumentos que se analizarán en los apartados siguientes (ver, en este sentido, la Resolución 22/2017 del OARC/KEAO).

El poder adjudicador señala en su informe que la información referida a los certificados de calidad no es la única que se ha revelado de forma anticipada, ya que en igual situación se encuentra la información referida al plazo de entrega de resultados que también es objeto de evaluación automática. Al no haber sido informado al recurrente de que entre las razones de la exclusión de su oferta figura esta última circunstancia, el análisis del recurso no la tendrá en cuenta. A este respecto, este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, en este sentido la Resolución 53/2018 y 100/2015) que no cabe la motivación extemporánea porque no ha permitido al recurrente rebatirla y exponer argumentos en defensa de sus intereses.

b) Sobre el conocimiento a destiempo de información evaluable de forma automática

El artículo 146 de la LCSP establece una evaluación sucesiva y separada de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor de los sujetos a evaluación automática. En relación con esta cuestión este OARC/KEAO ha venido manteniendo en pronunciamientos anteriores que la sanción al licitador que infringe esta regla de presentación, de modo que posibilita el conocimiento prematuro de un aspecto evaluable automáticamente 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 la información aportada es irrelevante (ver la Resolución 157/2018).

c) Sobre la documentación presentada por el adjudicatario impugnado y la relevancia de la infracción de la valoración separada.

A la vista de la doctrina expuesta en la letra b) anterior, del contenido del Sobre nº 2 presentado por la recurrente y de las alegaciones efectuadas por las partes del recurso, se puede concluir que el hecho de que cierta información se halle difundida en una página web no significa que sea de conocimiento directo por el órgano de contratación ni que la información publicada sea veraz, pues puede que sea incompleta, no se halle actualizada o haya caducado, ni que vaya a formar parte de la oferta. Por el contrario, el conocimiento anticipado de la información que ha dado lugar a la exclusión es relevante porque se manifiesta como oferta contractual y contiene información concerniente a un criterio evaluable automáticamente que debió ser incorporada al sobre nº 3, revelando así anticipadamente aspectos de la proposición que el órgano de contratación no conocía directamente. Esta infracción, expresamente sancionada por los pliegos con la exclusión de la oferta en la cláusula 8.2.2. del PCAP es únicamente imputable a la falta de diligencia de la recurrente a la hora de elaborar su proposición y su no apreciación resultaría una infracción de las normas por las que se rige este concreto procedimiento de adjudicación.



En este sentido se pronuncia en Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5050) al afirmar que:

(...)

Debe añadirse a lo que antecede la necesidad de exigir con especial rigor en todo procedimiento de contratación pública que la valoración de las ofertas se realice con exquisitas pautas de objetividad, pues así lo demanda tanto el artículo 103.1 CE como el también postulado constitucional de igualdad (artículo 14 CE); y que a salvaguardar esa necesidad están dirigidos los mandatos de esos artículos 129 y 134 de la Ley 30/2007 que se vienen mencionando.

Tampoco pueden compartirse los criterios preconizados en el recurso de casación sobre que se frustró la finalidad de esos preceptos legales y sobre que el incumplimiento constatado tuvo una escasa entidad para influir en la adjudicación. Lo primero porque el rigor en la exigencia de la objetividad es precisamente el mejor instrumento sustantivo para garantizar el principio de igualdad a cuyo servicio está establecida la libre concurrencia; y lo segundo porque la mejor manera de salvaguardar esa igualdad es descartar en el mayor nivel posible cualquier circunstancia que pueda significar un prejuicio de la definitiva calificación, por mínimo que este sea.

d) Conclusión

Consecuentemente, la inclusión en el sobre nº 2 de información que debió serlo en el Sobre nº 3 da lugar a la exclusión de la oferta, sin que esta conclusión pueda ser enervada por la supuesta facilidad (alegada por la recurrente) con la que se puede acceder a dicha información en el espacio web de la empresa, lo cual no significa que el órgano de contratación conociera directamente dicha información, ni que la que figura sea veraz ni que fuera a integrar la oferta efectivamente presentada por la recurrente.

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 empresa FUNDACIÓN TECNALIA RESEARCH & INNOVATION contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de secuenciación masiva” (Lote 4), tramitado por la Asociación Centro de Investigación Cooperativa en Biociencias (CICbioGUNE).

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

TERCERO: Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

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 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko urriaren 16a

Vitoria-Gasteiz, 16 de octubre de 2019