



EB 2019/202

Resolución 019/2020, de 28 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 empresa KPMG, S.L.P. contra la exclusión de su oferta en el contrato de “Servicios jurídicos de CIC biomaGUNE”, tramitado por la Asociación Centro de Investigación Cooperativa en Biomateriales–CIC-biomaGUNE.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 11 de diciembre de 2019 se recibió 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 empresa KPMG, S.L.P. (en adelante, KPMG), el día 9 de diciembre en el registro del poder adjudicador, contra la exclusión de su oferta en el contrato de “Servicios jurídicos de CIC biomaGUNE”, tramitado por la Asociación Centro de Investigación Cooperativa en Biomateriales–CIC-biomaGUNE.

SEGUNDO: El día 12 de diciembre este OARC / KEAO solicitó al poder adjudicador, además de la copia del expediente de contratación, 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). La citada documentación se recibió los días 12 y 13 de diciembre.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 12 de diciembre, se han recibido las alegaciones de LKS, S. COOP (en adelante, LKS), el día 19 de diciembre.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta la legitimación de la recurrente, por ser la empresa a la que le perjudica la decisión recurrida y la representación de doña I.G.J., que actúa en su nombre.

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

De acuerdo con el artículo 44.1 a) de la LCSP, el contrato es susceptible de recurso especial.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.b) de la LCSP son impugnables 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. En concreto, KPMG recurre un documento denominado *Informe de valoración de proposiciones*, suscrito por el Comité de Asistencia Técnica del Órgano de Contratación, en el cual se indica literalmente que procede en este caso excluir a KPMG ABOGADOS del procedimiento de licitación, de forma que el efecto de tal declaración fue la exclusión efectiva de la recurrente desde ese mismo momento; en consecuencia, no se procedió a la apertura del sobre 3 relativo a la proposición económica y a otro criterio sujeto a valoración automática.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.



QUINTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el CIC biomaGUNE tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública (artículo 3 LCSP).

SEXTO: Argumentos del recurso

El recurrente basa su recurso, en síntesis, en los siguientes argumentos:

- a) La información relativa a *la emisión de dos informes jurídicos sin coste alguno para CIC biomaGUNE* fue incluida en el “Sobre 2: Documentación técnica” con el único afán de dar respuesta al aspecto valorado en la cláusula 8 de la Carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) denominado *Mejoras*.
- b) El órgano de contratación ha decretado la exclusión de la oferta de la recurrente, cuando lo procedente hubiese sido una vez abierto el Sobre 2: Documentación técnica” advertir a KPMG que a la vista del contenido de la oferta incluido en el “Sobre nº 3 Proposición económica y criterios evaluables de forma automática” se concluiría si ha incluido en el sobre 2 información correspondiente al sobre 3.
- c) Analizadas las circunstancias concurrentes, la recurrente entiende que no se ha comprometido la objetividad del órgano de contratación, dado que lo que KPMG ofrece como mejora resulta intrascendente a los efectos de valoración de la oferta contenida en el sobre 3.
- d) Por todo ello, solicita la anulación de la declaración de exclusión de la oferta de KPMG retrotrayéndose las actuaciones al momento de la valoración de la oferta contenida en el sobre 2.

SÉPTIMO: Alegaciones de LKS

La entidad LKS se opone al recurso con los siguientes argumentos:



- a) La cláusula 8.2 del PCAP dispone que el criterio de emisión de informes jurídicos completos sin coste para el CIC biomaGUNE tiene un carácter estrictamente automático (un máximo de 6 puntos a razón de 2 puntos por cada informe).
- b) Las mejoras de la cláusula 8.1 de la carátula se encuentran definidas y se relaciona una serie de ejemplos entre los que no se menciona la emisión de informes, por lo que no cabe alegar que dichos informes adicionales encajan en el criterio de mejoras.
- c) En su recurso, KPMG no ha justificado la intrascendencia que dice tener la información aportada en el sobre 2.
- d) No cabe acceder a la pretensión de la recurrente de que se retrotraigan las actuaciones al momento de valoración de la oferta contenida en el sobre 2, ya que las ofertas económicas del resto de licitadores ya han sido objeto valoración.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

- a) La alusión en el sobre 2 a un criterio de adjudicación evaluable de forma automática en el sobre 3 supone una contravención expresa de los pliegos.
- b) KPMG en su oferta técnica señala: KPMG Abogados ofrece la emisión de dos informes adicionales a los ya ofrecidos, sin coste alguno para CIC biomaGUNE. Esta información está desvelando de forma anticipada datos del sobre 3, de tal forma que el órgano de contratación sabe a ciencia cierta que KPMG va a obtener, como mínimo, 4 puntos en ese concreto criterio automático. Esto supone la vulneración del principio de secreto de la parte de la oferta a evaluar conforme a la mera aplicación de fórmulas y su consecuencia es la exclusión del procedimiento, por lo que el acuerdo de exclusión adoptado se ajusta a derecho.



NOVENO: Apreciaciones del OARC/KEAO

El análisis de los motivos de recurso debe partir del contraste del contenido de la oferta excluida con el contenido del PCAP que rige la licitación y que, por no haber sido impugnado en tiempo y forma, vincula al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación,

1) CARÁTULA DEL PCAP

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

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 Nº 3, ni referencia alguna a los mismos, siendo ello **causa de exclusión del procedimiento**.

8.- Criterios de adjudicación

8.1. Criterios no evaluables de forma automática: 48 puntos

(...)

Mejoras: de 0 a 5 puntos

Se entenderán como mejoras, todas aquellas prestaciones propuestas por los licitadores que supongan una mejora en la ejecución del servicio, sin incremento del gasto.

A modo de ejemplo, se considerarán mejoras, entre otras: la celebración de jornadas en distintas materias dirigidas al personal de CIC biomaGUNE, donde se explicará la legislación aplicable, así como posibles modificaciones; el envío de boletines informativos de periodicidad mensual, etc.

8.2. Criterios evaluables de forma automática o mediante fórmula: 52 puntos

(...)

D. Redacción de informes: de 0 a 6 puntos

Por la emisión de informes jurídicos completos, sin coste para CIC biomaGUNE. Se puntuará hasta un máximo de 6 puntos a razón de 2 puntos por cada informe.

MODELO DE PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y CRITERIOS EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA

V. Que se compromete a emitir _____ informes jurídicos, sin coste para CIC biomaGUNE
(Criterio de adjudicación letra D).



2) Contenido de la oferta técnica de KPMG incluida en el Sobre 2 (página 48)

MEJORAS

Servicios adicionales ofrecidos

(...)

Informe jurídico completo adicional

KPMG Abogados ofrece la emisión de dos informes jurídicos adicionales a los ya ofrecidos, sin coste alguno para CIC biomaGUNE.

A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre todo ello.

a) Sobre la finalidad y el alcance de la valoración separada de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y los sujetos a evaluación mediante fórmulas

El artículo 146.2 de la LCSP señala que En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello, y el artículo 26 del Reglamento de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto 817/2009, prevé que la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos (ver también los párrafos 2 y 3 del artículo 30 del mismo reglamento). Sobre esta cuestión, este OARC / KEAO ha sostenido en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 74/2017) 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 materialmente 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).

b) 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 del sobre 2 "DOCUMENTACIÓN TÉCNICA" presentado por la recurrente, el motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) Es claro que la documentación incluida en el sobre 2 relativo a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor contiene datos concernientes a un criterio evaluable mediante la aplicación de fórmulas, 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. Es más, el órgano de contratación conoce de antemano que KPMG va a optar a obtener determinados puntos en el criterio automático que figura en la cláusula 8.2.D de la carátula del PCAP D Por la emisión de informes jurídicos completos, sin coste para CIC biomaGUNE. Se puntuará hasta un máximo de 6 puntos a razón de 2 puntos por cada informe, ya que su proposición expresamente señala que se ofrece la emisión de dos informes jurídicos adicionales a los ya ofrecidos, esto es, anticipando que se ha ofertado la realización de informes jurídicos completos con el legítimo fin de obtener puntos en dicho criterio automático.



- 2) El PCAP, en concreto la cláusula 8.2 de su carátula, es clara y precisa al detallar la información que debe incluirse en cada sobre y de las consecuencias de su incumplimiento. En particular, se establece que en el Sobre 2 "DOCUMENTACIÓN TÉCNICA" Se presentará la documentación técnica que se exija en el apartado 7 de la **Carátula** (Propuesta técnica y Mejoras) y que en el Sobre 3 "PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y CRITERIOS EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA" se incorpore la documentación conforme al modelo que se adjunta al PCAP como Anexo. Estos contenidos desdican la alegación de la recurrente de que introdujo la información relativa a Informe jurídico completo adicional: Ofrecimiento de dos informes jurídicos adicionales a los ya ofrecidos, sin coste alguno para CIC biomaGUNE (evaluable de forma automática) como si fuera una mejora más de las sujetas a juicio de valor establecidas en la cláusula 8.1 de la Carátula, pues de una mera y diligente lectura de los pliegos se desprende, sin necesidad de interpretación alguna, la conclusión de que la información relativa a los informes jurídicos sin coste para el CIC se debe incorporar únicamente en el sobre 3.
- 3) Tampoco puede acogerse la alegación de que el conocimiento de dicha información es intrascendente para la valoración del contenido del sobre 3, pues precisamente se trata de lo contrario, es decir, de que la información que debe incluirse en el sobre 3 permanezca secreta para que no influya o pueda resultar trascendente en la en la evaluación de la información contenida en el sobre 2.
- 4) En definitiva, no cabe duda (dada la absoluta identidad entre lo ofrecido por la recurrente en el sobre 2 y el criterio automático del sobre 3) de que la infracción del secreto de la oferta es material y no puramente formal o irrelevante, pues se han desvelado prematuramente aspectos que debieron ser desconocidos hasta la apertura de la documentación de los aspectos sujetos a valoración automática, y que forzosamente debían haber figurado únicamente en el sobre 3.

c) Conclusión



A la vista de todo lo anterior, el recurso debe desestimarse.

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 interpuesto por la empresa KPMG, S.L.P. contra la exclusión de su oferta en el contrato de “Servicios jurídicos de CIC biomaGUNE”, tramitado por la Asociación Centro de Investigación Cooperativa en Biomateriales–CIC-biomaGUNE.

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

TERCERO: No se aprecia la concurrencia de 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, 2020ko urtarrilaren 28a

Vitoria-Gasteiz, 28 de enero de 2020