



EB 2019/174

Resolución 215/2019, de 9 de diciembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titulararena, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por SEDENA, S.L. frente a la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del “Servicio de atención en la sala UBIKA, espacio de biblioteca de creación del CIC”, tramitado por el CENTRO INTERNACIONAL DE CULTURA CONTEMPORÁNEA, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 18 de octubre de 2019 se ha presentado 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 SEDENA, S.L. (en adelante, SEDENA) frente a la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del “Servicio de atención en la sala UBIKA, espacio de biblioteca de creación del CIC”, tramitado por el CENTRO INTERNACIONAL DE CULTURA CONTEMPORÁNEA, S.A.

SEGUNDO: El mismo día 18 este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, 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). Dicha documentación se recibió los días 25 y 28 de octubre.





TERCERO: Con fecha 22 de octubre de 2019 el OARC / KEAO suspendió la tramitación del procedimiento mediante la Resolución B-BN 43/2019.

CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 29 de octubre, se han recibido las alegaciones de LTM SERVICIOS BIBLIOTECARIOS, S.L. (en adelante, LTM) y de MAGMACULTURA, S.L. (en adelante, MAGMACULTURA) los días 5 y 6 de noviembre, respectivamente.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

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

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

Según el artículo 44.1 b) 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

Según el artículo 44.2 b) de la LCSP, pueden ser objeto de recurso especial acuerdos de exclusión de las ofertas.

CUARTO: Interposición en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico



En cuanto al régimen jurídico aplicable, el CENTRO INTERNACIONAL DE CULTURA CONTEMPORÁNEA, S.A. tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

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

- a) La justificación de la exclusión impugnada es que la recurrente ha vulnerado el secreto de las proposiciones al incluir en el sobre relativo a criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor información que debe contener el sobre correspondiente a los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas.
- b) SEDENA alega que dicho error viene motivado por la diferente configuración en el orden de los sobres; por un lado, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) enumera los sobres/archivos de la siguiente forma: 1 (Requisitos previos), 2 (criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor) y 3 (criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas). Por otro lado, en la plataforma de contratación el orden y denominación de las carpetas donde incluir los archivos es: Sobre capacidad y solvencia, Sobre fórmulas y Sobre juicios de valor.
- c) A pesar de que los archivos se incluyeran en carpetas erróneas se encontraban perfectamente identificados, de tal forma que dicho error hubiera sido fácilmente subsanable con un mero intercambio de archivos de su ubicación formal. Sin embargo, la apertura por parte del Comité de Evaluación del archivo Oferta económica.pdf incluido en el Sobre de juicios de valor ha conculcado el principio de concurrencia y el criterio anti formalista a la hora de la admisión de las proposiciones por simples errores formales.



d) Finalmente, se solicita que se anule el procedimiento de contratación, ya que no cabe la retroacción de las actuaciones por haberse roto el secreto de la oferta económica.

SÉPTIMO: Alegaciones de LTM

La licitadora se opone a la estimación del recurso, en síntesis, por las siguientes razones:

a) La exclusión de la recurrente es conforme a Derecho, pues la consecuencia del error cometido y reconocido por ella misma solo puede ser aquélla, al haberse desvelado el secreto de la oferta.

b) No procede la anulación del procedimiento, ya que perjudicaría al resto de licitadores que han sido diligentes a la hora de presentar sus proposiciones.

OCTAVO: Alegaciones de MAGMACULTURA

MAGMACULTURA solicita la desestimación del recurso, resumidamente, por los siguientes argumentos:

a) La exclusión de la oferta de la recurrente es conforme a derecho, dado que incumplió las exigencias establecidas en los pliegos a la hora de la presentación de las proposiciones.

b) La decisión adoptada por el órgano de contratación no incumple con el criterio anti formalista que debe prevalecer a la hora de la no admisión de las ofertas por simples defectos formales que son fácilmente subsanables. Y, ello porque en el presente caso no nos encontramos ante un error irrelevante, insignificante y no sustancial que, en último caso, pudiera ser subsanado.



NOVENO: Alegaciones del poder adjudicador

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

a) El Comité de Evaluación no tenía obligación de solicitar ninguna aclaración a la recurrente, pues la consecuencia de su error a la hora de la presentación de su proposición únicamente puede ser la exclusión, según la doctrina de los órganos de recursos contractuales.

b) Los pliegos de la licitación son claros y no generan ninguna duda respecto del contenido que cada sobre debía contener. En este sentido, que la terminología empleada por la Plataforma de Contratación Pública en Euskadi no coincida exactamente con la terminología empleada en el PCAP no ha podido generar confusión o duda respecto de los documentos a incluir en cada sobre. Por ello, la actuación errónea de SEDENA solo es imputable a ella, y es por lo que el órgano de contratación no está obligado a solicitar aclaración alguna a la licitadora que incumple con su deber de diligencia.

DÉCIMO: 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; en concreto, el contenido relevante es el siguiente:

13. PRESENTACIÓN DE PROPOSICIONES Y DOCUMENTACIÓN

(...)

13.3. CONTENIDO DE LOS ARCHIVOS ELECTRÓNICOS

Las proposiciones de los licitadores deberán ajustarse al presente Pliego y su Carátula, al Pliego de Prescripciones Técnicas y a la restante documentación contractual, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el licitador del contenido de la totalidad de sus cláusulas, sin salvedad o reserva alguna.



Cada archivo electrónico constará de los documentos que se indican a continuación contendrá una relación numerada de los documentos incluidos en el mismo.

Sin perjuicio de que se trate de archivos electrónicos, se denominarán, indistintamente, Sobre 1, Sobre 2 y Sobre 3.

(...)

Sobre 2. "DOCUMENTACIÓN RELATIVA A CRITERIOS CUYA CUANTIFICACIÓN DEPENDA DE UN JUICIO DE VALOR"

Los licitadores deberán presentar en este sobre la documentación que se indica en el punto 11.2 de la Carátula.

El licitador deberá observar especial cuidado a la hora de confeccionar la documentación a incluir en este Sobre, ajustándose a las indicaciones dictadas respecto a contenido. Igualmente, no se podrán hacer referencias que puedan orientar o dar a conocer aspectos sobre la documentación relativa a criterios evaluables mediante la utilización de fórmulas.

Las ofertas que contravengan estos principios serán desestimadas y excluidas del procedimiento.

Sobre 3. "DOCUMENTACIÓN RELATIVA A CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE FÓRMULAS"

(...)

16. APERTURA DE PROPOSICIONES

El Comité de Evaluación calificará previamente la documentación contenida en el Sobre 1 ("Documentación relativa al cumplimiento de los requisitos previos"), presentada en tiempo y forma. Si observare defectos subsanables en la documentación presentada, la entidad contratante dará un plazo de tres días naturales al licitador para que los corrija.

Seguidamente, se procederá a la apertura del Sobre 2 ("Documentación relativa a criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor"), en orden a efectuar el estudio y valoración de la documentación contenida en el mismo.

(...)

Realizado el estudio y valoración de la documentación contenida en el Sobre 2, se procederá a la apertura del Sobre 3 ("Documentación relativa a criterios evaluables mediante la utilización de fórmulas").

Antes de la apertura del Sobre 3 ("Documentación relativa a criterios evaluables mediante la utilización de fórmulas"), se facilitará a los licitadores el resultado de la valoración de la documentación relativa a criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.



La apertura del Sobre 3 (“Documentación relativa a criterios evaluables mediante la utilización de fórmulas”) se realizará en acto público a través de la aplicación de Licitación Electrónica de Gobierno Vasco en la dirección: <http://www.contratacion.euskadi.eus>., en orden a efectuar su posterior estudio y valoración.

Por otro lado, la configuración de los sobres en la Plataforma de Contratación en Euskadi es la siguiente:

Sobre de capacidad y solvencia

DEUC

Sobre de fórmulas

Proposición económica

Sobre de juicios de valor

Propuesta técnica

En síntesis, se debate si la inclusión por parte de la recurrente del archivo Oferta económica.pdf en el Sobre de juicios de valor, **propuesta técnica** supone la infracción del secreto de la oferta y, en consecuencia, la proposición debe ser excluida de la licitación o, por el contrario, debió ser objeto de aclaración o subsanación para poder continuar en la misma.

a) Doctrina general sobre la finalidad y el alcance de la valoración separada de los criterios de adjudicación

Sobre esta cuestión, este OARC / KEAO ha sostenido en ocasiones anteriores (ver, por todas, la 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).

b) Sobre la exclusión en una licitación electrónica de la oferta por la inclusión en sobre erróneo de un archivo electrónico.

En la presente impugnación no se discute sobre si la recurrente ha cometido el error de incluir en el sobre de juicios de valor el archivo Oferta económica.pdf que debió incluirse en el sobre de fórmulas, pues dicha circunstancia es admitida por las partes. El debate se suscita sobre la consecuencia que debe derivarse de ello. A juicio de este Órgano, no pueden estimarse los motivos impugnatorios de SEDENA por las siguientes razones:



1. El proceso de presentación telemática de la oferta, más allá del medio tecnológico empleado, no difiere de la presentación de cualquier otro modo. A partir de este hecho, la correcta presentación telemática de la proposición incumbe única y exclusivamente al licitador, del que se presupone, que es un operador razonablemente informado y normalmente diligente al ser una empresa dotada de la suficiente solvencia técnica como para licitar al presente contrato y que opera en el mercado de la compra pública presentando ofertas a contratos con un objeto similar al que nos ocupa.

2. En este sentido, y a juicio de este Órgano, la recurrente no ha obrado con la necesaria diligencia a la hora de la tramitación telemática de su oferta, pues ha incluido el archivo oferta económica.pdf en el Sobre de juicios de valor y el archivo Documentación relativa a criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.pdf en el Sobre de fórmulas. El error es flagrante, dado que nos encontramos en una licitación en la que hay que incorporar telemáticamente un único archivo por sobre, por lo que el margen de error se reduce considerablemente y, además, la descripción que se hace en la Plataforma de cada uno de los sobres podrá ser escueta y sobria, pero es clara: “Sobre de fórmulas, Proposición económica” y “Sobre de juicios de valor, Propuesta técnica”, sin que pueda prosperar la alegación de SEDENA de que la distinta configuración secuencial de los sobres en el PCAP ha inducido al error en la elaboración de la oferta. Y ello, porque (i) esta última constituye una mera identificación numérica de los sobres (podrían haber sido también identificados alfabéticamente como Sobres A, B y C), siendo lo verdaderamente relevante su descripción literaria, la cual coincide sustancial y semánticamente con las descritas en la Plataforma de contratación; y (ii), porque la configuración de los sobres en la Plataforma de Contratación es estructural, según ha podido comprobar este Órgano; es decir, el orden y la terminología de los sobres para la inclusión de los archivos



informáticos es siempre la misma (Sobre de capacidad y solvencia, Sobre de fórmulas y Sobre de juicios de valor) para cualquier licitación y sin que dicha prelación y nomenclatura pueda ser modificada por el poder adjudicador. En definitiva, no cabe achacar a la distinta configuración secuencial de los Sobres en el PCAP y en la Plataforma de contratación la inducción al error cometido por la recurrente, sino más bien a la falta de diligencia de ella misma, más aún cuando se trata de un operador económico acostumbrado a participar en licitaciones públicas.

3. Asimismo, tampoco procede admitir la alegación relativa a que el órgano de contratación al abrir el Sobre de juicios de valor y advertir el archivo denominado *Oferta económica.pdf* pudo fácilmente intercambiar los archivos informáticos de los sobres. Y ello, porque, en primer lugar, hubiera provocado una vulneración del *íter* procedimental de la apertura sucesiva de los sobres que establece tanto la LCSP (artículo 146.2) como los propios pliegos de la licitación (Cláusula 16) y que el poder adjudicador no puede obviar. En segundo lugar, porque la LCSP considera que la presentación electrónica de ofertas y solicitudes de participación utilizando medios electrónicos garantiza la integridad y el secreto de las proposiciones, razón por la cual el artículo 157.4 prevé como excepción a la apertura de la oferta económica en acto público el que en la licitación se utilicen medios electrónicos (ver, en este sentido, la Resolución 200/2019 de este OARC/KEAO). Téngase en cuenta que en los procedimientos de adjudicación de los contratos la apertura pública de los sobres que contienen las ofertas ha sido considerado desde siempre como un requisito instrumental que garantiza el principio de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores y el de transparencia, que asegura el secreto de las ofertas presentadas hasta el momento en que pueden ser conocidas todas al mismo tiempo. Esta garantía se quebraría con el intercambio de archivos entre sobres, además de suponer una modificación de la oferta presentada. Y,



finalmente, porque, una vez abierto el sobre electrónico la mesa de contratación no podía más que abrir el archivo que incluía para dejar constancia de su contenido en el acta de la sesión. Además, el error pudiera encontrarse en la identificación o título asignado al archivo y no en la información que incorporaba.

4. En el mismo sentido, tampoco puede aceptarse la alegación de SEDENA respecto de la posibilidad de aclaración o subsanación de su oferta, pues tal y como señaló este OARC/KEAO en sus Resoluciones 141/2019, 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); y la Resolución OARC/KEAO 184/2018 Autorizar una “subsanación” como la que pretenden los recurrentes equivaldría a aceptar una nueva manifestación de voluntad para modificar la oferta, lo cual está terminantemente vedado por infringir los principios de igualdad de trato y transparencia del artículo 1 de la LCSP, siendo tan solo los licitadores los responsables de los perjuicios derivados de la falta de diligencia en la elaboración de la proposición, sin que puedan demandar al poder adjudicador un trámite de aclaración para compensarla (ver la Resolución 109/2013 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.
5. Sentado todo lo anterior, y una vez abierto por el poder adjudicador el archivo Oferta económica.pdf, el conocimiento anticipado de la información



que en el mismo se contiene es relevante porque se manifiesta como oferta contractual y contiene información concerniente a un criterio evaluable automáticamente que debió ser incorporada al Sobre de fórmulas, revelando así anticipadamente una parte de la proposición que el órgano de contratación no debía conocer en ese momento. Esta infracción, expresamente sancionada por los pliegos con la exclusión de la oferta en la cláusula 13.3 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.

c) Conclusión

Por todo lo anteriormente manifestado, procede desestimar íntegramente el recurso interpuesto.

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 SEDENA, S.L. frente a la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del “Servicio de atención en la sala UBIKA, espacio de biblioteca de creación del CIC”, tramitado por el CENTRO INTERNACIONAL DE CULTURA CONTEMPORÁNEA, S.A.



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

QUINTO: 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 abenduaren 9a

Vitoria-Gasteiz, 9 de diciembre de 2019