



EB 2019/002

Resolución 043/2019, de 21 de febrero, 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 ALMAS INDUSTRIES BSAFE, S.L. contra la adjudicación del contrato “Servicio de renting de desfibriladores externos (DESAs), así como el mantenimiento de sus soportes”, tramitado por METRO BILBAO, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 31 de diciembre de 2018 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 ALMAS INDUSTRIES BSAFE, S.L. (en adelante, BASAFE) contra la adjudicación del contrato “Servicio de renting de desfibriladores externos (DESAs), así como el mantenimiento de sus soportes”, tramitado por METRO BILBAO, S.A.

SEGUNDO: El día 2 de enero de 2019 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). La citada documentación se recibió el día 4 de enero.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 8 de enero, se han recibido, el día 14 de enero, las alegaciones de la empresa CARYOSA



Nahi izanez gero, J0D0Z-T1GMZ-BHC8 bilagailua erabiltzaileak, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektronikoa honetan: <http://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T1GMZ-BHC8 en la sede electrónica <http://euskadi.eus/localizador>



HYGIENIC SOLUTIONS, S.L., adjudicataria impugnada (en adelante, CARYOSA).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta la legitimación de la recurrente y la representación de D. N.A.L., que actúa en su nombre.

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

De acuerdo con el artículo 44.1 a) y la Disposición Adicional Octava, apartado 2, de la LCSP, el contrato es susceptible de recurso especial.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.c) de la LCSP son impugnables los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma. No cabe aceptar la alegación de METRO BILBAO, que entiende que el recurso es extemporáneo porque se refiere a la indebida admisión de la proposición de CARYOSA (luego adjudicatario impugnado), supuesta irregularidad que ya fue conocida el 27 o 28 de noviembre y que no se impugnó en plazo. Como ya ha señalado este OARC / KEAO (ver, por ejemplo, su Resolución 137/2017), la jurisprudencia del TJUE que inspira el artículo 44.2 b) de la LCSP (sentencia de 5 de abril de 2017, “Marina del Mediterráneo”, asunto C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268), que considera acto impugnabile la admisión de las ofertas de los licitadores, se basa en garantizar el efecto útil de los derechos que la Directiva 89/665, que regula



los recursos en materia de contratación pública, concede a los operadores económicos perjudicados por las decisiones de los poderes adjudicadores (ver, en especial, el apartado 33 de la sentencia citada). Esta finalidad no se cumpliría si la ampliación del ámbito de los actos recurribles, que favorece las posibilidades de defensa de los interesados, se convirtiera en la carga que para el adjudicatario supondría tener que impugnar preventivamente la admisión de las proposiciones de todos los demás licitadores bajo la amenaza de que, de no hacerlo, luego no podría presentar un recurso contra una de dichas ofertas si luego resulta ser la del adjudicatario, pues ello sería una interpretación desmesurada y contraria a la Directiva de recursos. Por otro lado, el argumento de METRO BILBAO es contradictorio con el hecho de que no conste en el expediente que la admisión se notificara de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, incluyendo el ofrecimiento de la vía de recurso correspondiente (ver, por ejemplo, la Resolución 78/2018 del OARC / KEAO).

QUINTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, METRO DE BILBAO tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública (artículo 3 LCSP).

SEXTO: Argumentos del recurso

El recurso se basa en un único motivo, que es que en la oferta de CARYOSA figuraba documentación relativa a los criterios sujetos a evaluación mediante fórmulas en el sobre en el que se incluye la documentación relativa a los criterios evaluables mediante un juicio de valor; en concreto, se trataría de documentos relativos a los criterios de adjudicación Tiempo de respuesta ante notificación de averías y puesta a cero tras su utilización y Tiempo de sustitución de aparato averiado. Consecuentemente, se solicita que se proceda a la retroacción de actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas y se tome en



consideración la citada infracción, que debe suponer la exclusión de la oferta de la adjudicataria impugnada.

SÉPTIMO: Alegaciones del adjudicatario impugnado

CARYOSA niega que se haya producido la infracción que fundamenta el recurso y además se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

- a) Entre los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor figuraba el plan de mantenimiento, por lo que debía incluirse información sobre los tiempos de respuesta, y no cabe apartar del procedimiento a un licitador que se ha limitado a cumplir con lo requerido en los pliegos.
- b) En cualquier caso, la supuesta infracción (que se niega) no habría sido relevante para la adjudicación del contrato, habida cuenta del resultado de la aplicación de los criterios de adjudicación.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

Las alegaciones del poder adjudicador son las siguientes:

- a) El recurso no concreta los apartados de la proposición que han infringido la valoración separada, y contienen solo una denuncia genérica, lo que coloca al poder adjudicador en una situación de indefensión, pues no puede contrastar la existencia de la citada infracción ni su efectiva relevancia; en todo caso, analizada la oferta impugnada, no se ha encontrado la información a la que hace referencia el recurso.
- b) Se alega que no ha habido vulneración material relevante del secreto de la oferta y que no sería proporcionada la decisión de excluir la proposición de CARYOSA.



NOVENO: Apreciaciones del OARC/KEAO

El análisis del único motivo de recurso debe partir del contenido de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que rigen la licitación por no haber sido impugnados en tiempo y forma, vinculando a METRO BILBAO y a los participantes en el procedimiento de adjudicación, y su contraste con la oferta efectuada por la adjudicataria impugnada:

1) PCAP

11. Criterios de valoración de la oferta:

(...)

Criterios evaluables mediante fórmula: 65%

(...)

Criterio 2: tiempo de respuesta ante notificación de averías y puesta a cero tras su utilización - 3 puntos.

El tiempo de respuesta máximo es de 24 horas. 1 punto por cada 6 horas menos.

Criterio 3: tiempo de sustitución de aparato averiado - 2 puntos.

Tiempo de respuesta máximo 24 horas. 1 punto por cada 3 horas menos

2) La oferta técnica de CARYOSA (páginas 75, 96, 97 y 100 del expediente remitido) incluye los siguientes contenidos:

CARYOSA dispone de un Servicio de Asistencia Técnica y Atención al cliente para incidencias y consultas **24 horas, 365 días al año**.

En cualquier momento, METRO BILBAO podrá llamar al Servicio Técnico de CARYOSA que intentará inicialmente resolver el problema por teléfono, de no ser posible, un técnico de CARYOSA se desplazará a la instalación para atender personalmente el problema y resolverlo en un **tiempo máximo de 6 h**.

(...)

PLAN DE MANTENIMIENTO

(...)

Máximo 6 horas asistencia técnica

(...)

1.- Tipologías de intervenciones habituales

- ✓ Reposición del DEA por uso



Ante un supuesto real, el licitador facilitará, **antes de 6 horas**, un DEA de sustitución hasta la reposición del DEA original.

(...)

2.- Tipologías de intervenciones extraordinarias

- ✓ La reposición del DEA por su mal uso

Mantenimiento correctivo Si los aparatos y/o vitrina han de ser enviados al exterior de su ubicación por sufrir desperfectos, sea robado o hurtado, el licitador será responsable de sustituirlo por un aparato de las mismas características o superiores.

El licitador asumirá los costes asociados a la tramitación de garantías, envío, recepción y sustitución de los equipos.

Esta sustitución se llevará a cabo en el plazo **máximo de 6 horas** desde de la comunicación de la incidencia el Servicio de Asistencia Técnica y Atención al cliente para incidencias y consultas

Finalmente, la proposición económica de CARYOSA establece lo siguiente (página 73 del expediente remitido):

(...)

- Tiempo de respuesta desde la notificación de una avería: 6 horas
- Tiempo de sustitución de un aparato averiado: 18 horas

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 (y no solo de un modo meramente formal, como señala la Resolución 100/2013 del OARC / KEAO) 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.

b) 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 a) anterior y del contenido del sobre destinado a los criterios sujetos a juicio de valor, el motivo de impugnación debe aceptarse. Es claro que la documentación incluida en el sobre relativo a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor contiene datos relativos a dos criterios evaluables 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. Debe señalarse que lo



importante es que la información desvelada permite un cálculo anticipado de los criterios automáticos; por el contrario, es irrelevante que, en uno de los casos, no coincida con la que se introdujo en la parte de la oferta sobre criterios sujetos a fórmula. Téngase en cuenta que la existencia de esa identidad se desconoce en el momento en el que se verifican los criterios discrecionales, que es cuando el poder adjudicador debió juzgar sobre la concurrencia de la causa de exclusión; lo relevante es que la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor pudo verse comprometida por el conocimiento de datos que permitían calcular la puntuación atribuida en los criterios automáticos, sin que sea necesaria una prueba efectiva de dicha contaminación (ver la Resolución 21/2019 del OARC / KEAO).

c) Conclusión

A la vista de todo lo anterior, el recurso debe estimarse, lo que conlleva la anulación de la adjudicación y la aplicación de lo previsto en el artículo 150.4 de la LCSP (concesión de un plazo de diez días hábiles para que el siguiente licitador clasificado en el listado al que se refiere el artículo 150.1 de la LCSP cumplimente los trámites oportunos).

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: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ALMAS INDUSTRIES BSAFE, S.L. contra la adjudicación del



contrato “Servicio de renting de desfibriladores externos (DESAs), así como el mantenimiento de sus soportes”, tramitado por METRO BILBAO, S.A, anulando el acto impugnado y ordenando la aplicación del artículo 150.4 de la LCSP.

SEGUNDO: Levantar la suspensión de la ejecución del acto impugnado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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

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 otsailaren 21a

Vitoria-Gasteiz, 21 de febrero de 2019