



EB 2018/039

Resolución 061/2018, de 9 de mayo de 2018, 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 DOMINION DIGITAL, S.A. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio municipal de préstamo de bicicletas de pedaleo asistido, denominado BILBON BIZI”, tramitado por el Ayuntamiento de Bilbao.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 27 de marzo de 2018, la empresa DOMINION DIGITAL, S.A. (en adelante, DOMINION) interpuso, en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO), un recurso especial en materia de contratación contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio municipal de préstamo de bicicletas de pedaleo asistido, denominado BILBON BIZI”, tramitado por el Ayuntamiento de Bilbao.

SEGUNDO: Requerido el 28 de marzo de 2018 al poder adjudicador el expediente y el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), la citada documentación se ha recibido en el registro del OARC / KEAO el día 4 de abril.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 16 de abril, no se ha recibido ninguna alegación.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación de la empresa recurrente, así como la representación de D.J.A.G.R. para actuar en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que son susceptibles de recurso especial, en todo caso, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos 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. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Bilbao tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los argumentos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) La Mesa de Contratación determinó que la documentación presentada por DOMINION en el sobre “B” (oferta técnica) incluye datos cuya ponderación debe realizarse mediante la aplicación de fórmulas, por lo que acordó la exclusión de la proposición del recurrente.



b) La oferta de DOMINION describe detallada y completamente los elementos de la prestación contractual, tal y como exige el pliego, en el cual la mayoría de dichos elementos se relacionan directamente entre sí, sin que sea posible omitir alguno de ellos. Así, en el punto 24 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se solicita una descripción detallada de la metodología para el mantenimiento del sistema de préstamo para bicicletas, exponiendo la relación de tareas de mantenimiento a realizar sobre los elementos del sistema para su correcta conservación, así como los medios a disposición (apartado B.2), de las características técnicas y funcionales de la propuesta para los puntos de préstamo de bicicletas, teniendo en cuenta funcionalidades, mecanismos de seguridad, etc (apartado B.3), de las características técnicas y funcionales de la propuesta del licitador para las bicicletas a suministrar (apartado B.4) o de la aplicación oficial del servicio (apartado B.6).

c) En la decisión adoptada por la Mesa no se identifican los datos concretos que supuestamente se han incluido en el sobre “B” y que únicamente debían constar en el sobre “C”, lo que causa la indefensión de la recurrente.

d) Finalmente, se solicita la retroacción de actuaciones hasta el momento de valoración de la oferta, acordando la inclusión en ella de la proposición de DOMINION.

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

a) De acuerdo con el informe técnico que sustenta la evaluación de los criterios de adjudicación no sujetos a fórmula (páginas 2 y siguientes), la oferta de DOMINION contiene referencias al sistema de bloqueo (páginas 79, 80 y 88 de la oferta). Consecuentemente, la Mesa de Contratación, en su sesión del 6 de marzo, comunica verbalmente la exclusión de la oferta de DOMINION, y el día 13 de marzo propone al órgano de contratación la clasificación de proposiciones a la que se refiere el artículo 151.1 del TRLCSP y la exclusión de



DOMINION. Con fecha 21 y 22 de marzo se requiere al licitador mejor clasificado para que presente la documentación y la garantía definitiva con carácter previo a la adjudicación, siendo el plazo final de presentación el día 28 de marzo. Por lo tanto, el contrato no ha sido aún adjudicado y no se ha practicado la notificación de la adjudicación y el traslado de los recursos a los licitadores, sin perjuicio de que la adjudicación y el informe de la Mesa que constituyen la explicación y motivación de los actos realizados se efectuará en próximas fechas.

b) El sistema de bloqueo no se corresponde con una especificación esencial para las bicicletas, aunque sí se consideró su valoración como un criterio cuantificable por fórmula, pero no una característica fundamental que tuviera que valorarse como criterio no cuantificable mediante fórmula.

c) En el apartado 22 de la carátula del PCAP hay una clara advertencia sobre la documentación que debe presentarse en los sobres “B” y “C”; la presentación de documentación relativa a criterios evaluables mediante fórmula en el sobre relativo a los criterios evaluables mediante un juicio de valor supone el conocimiento prematuro de los primeros e imposibilita una valoración objetiva, por lo que debe excluirse la oferta incumplidora.

OCTAVO: Aunque no es el primer argumento de impugnación alegado, habida cuenta de los efectos de su posible estimación, que impediría a este OARC / KEAO pronunciarse sobre los argumentos de fondo, debe analizarse primeramente el reproche formulado por DOMINION en relación con la insuficiente motivación de la exclusión recurrida. La citada exclusión se decidió por la Mesa de Contratación en su sesión de 6 de marzo y fue comunicada verbalmente. La literalidad del acta de la sesión es la siguiente:

“En cumplimiento de lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, se ha procedido a la evaluación de las proposiciones contenidas en el SOBRE B conforme a los criterios no cuantificables mediante fórmulas según consta en informe emitido por el departamento promotor del expediente y que consta en el mismo.



Visto su contenido, la Mesa de Contratación da a conocer en este acto público el resultado de dicha evaluación de la que resulta lo siguiente:

“Realizado el estudio de la documentación técnica contenida en el sobre “B”, se comprueba que la documentación presentada por las empresas BONOPARK y DOMINION contiene datos que debían haberse incluido únicamente en el sobre “C” ya que son datos cuya ponderación debe realizarse automáticamente mediante la aplicación de fórmulas matemáticas”

Por tanto, la Mesa de contratación determina la exclusión de la licitación de las ofertas presentadas por BONOPARK y DOMINION.”

Del contenido de esta decisión destaca una alusión genérica a la base legal de la exclusión, fundada en la infracción del secreto de la oferta que se produce cuando se desvelan prematuramente aspectos relativos a los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas, perjudicando así la objetividad de la valoración que se pretende asegurar con el análisis separado de estos criterios y de los que se aplican mediante juicios discrecionales (ver el segundo párrafo del artículo 150.2 del TRLCSP y, por todas, la Resolución 32/2018 del OARC / KEAO). Sin embargo, no hay mención alguna a los específicos hechos que concurren en el procedimiento y que serían subsumibles dentro de la citada infracción jurídica legal; en particular, no se señalan los datos concretos referidos a los criterios de adjudicación discrecionales ilícitamente introducidos en el sobre “B”. Como es reiterada doctrina de este Órgano (ver, por ejemplo, su Resolución 25/2014), la motivación requiere dar plena razón del proceso lógico que ha llevado a la adopción de una decisión de tal modo que se pueda revisar ésta, por lo que por fuerza debe referirse a las circunstancias concretas del acto del que se trata, relevantes para dicho proceso lógico. En este caso, además, la falta de motivación adecuada del acto impugnado es relevante para causar indefensión al interesado destinatario del mismo; por un lado, no consta que el recurrente haya accedido, de una u otra forma, a los fundamentos que sustentan la exclusión y que pudieran constar en otros documentos del expediente (ver, por ejemplo, la Resolución 107/2017 del OARC / KEAO), y por otro, le han faltado elementos básicos para elaborar la argumentación de la



impugnación. De hecho, al tratarse de una comunicación verbal, ni siquiera constan los requisitos exigidos a las notificaciones por el artículo 40 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común. Todo ello ha impedido a DOMINION interponer un recurso debidamente fundado, finalidad básica de la motivación de los actos administrativos (ver, por ejemplo, en referencia a la adjudicación, el artículo 151.4 del TRLCSP), por lo que el poder adjudicador debe notificar la decisión de exclusión en debida forma, incluyendo la motivación de la misma en los términos legalmente exigibles para que, en su caso, el licitador pueda presentar la correspondiente impugnación.

Finalmente, debe recordarse que el artículo 42.2 b) del TRLCSP es claro en considerar susceptible de recurso especial un acto de la Mesa por el que se acuerda la exclusión de un licitador, y es igualmente claro que el acto recurrido, como se deduce de su literalidad y de sus efectos, adopta precisamente dicha decisión y no es una mera propuesta al órgano de contratación. Consecuentemente, no cabe que el poder adjudicador pretenda dilatar el cumplimiento del deber de motivación y notificación hasta la resolución de la adjudicación que contenga o confirme la exclusión (art. 151.4.b) del TRLCSP), pues ello sería tanto como negar la posibilidad efectiva, legalmente establecida, de recurrir autónomamente la exclusión acordada por la Mesa, vaciando así de contenido el artículo 42.2 b) del TRLCSP. Lo anterior no quita para que el interesado en atacar la exclusión pueda optar por demorar su recurso hasta la adjudicación que la confirma si, como es el caso, la Mesa no le ha ofrecido en forma y fondo correctos el recurso especial contra su decisión.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43.2 del TRLCSP 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 parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa DOMINION DIGITAL, S.A. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio municipal de préstamo de bicicletas de pedaleo asistido, denominado BILBON BIZI”, tramitado por el Ayuntamiento de Bilbao, ordenando la retroacción de actuaciones para que el poder adjudicador notifique el acto impugnado en debida forma, incluyendo la motivación necesaria para interponer un recurso fundado.

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 la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko maiatzaren 9a

Vitoria-Gasteiz, 9 de mayo de 2018