EB 2019/161

Resolución 198/2019, de 21 de noviembre, 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 empresa EUROHELP CONSULTING, S.L.U. frente a la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del "Acuerdo Marco con empresas para la edición y desarrollo de contenidos Web, aplicaciones complementarias incluidas, en su caso, labores formativas en el ámbito de la plataforma LIFERAY DXP incluidas versiones anteriores (LR 6.X)-Lote 1", tramitado por la UPV-EHU.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 25 de septiembre 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 EUROHELP CONSULTING, S.L.U. (en adelante, EUROHELP) frente a la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del "Acuerdo Marco con empresas para la edición y desarrollo de contenidos Web, aplicaciones complementarias incluidas, en su caso, labores formativas en el ámbito de la plataforma LIFERAY DXP incluidas versiones anteriores (LR 6.X)-Lote 1", tramitado por la UPV-EHU.

SEGUNDO: El día 26 de septiembre 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

Nahi izanez gero, J0D0Z-T1VPS-D88X bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: http://euskadi.eus/lokalizatzailea

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T1VPS-D88X en la sede electronica http://euskadi.eus/localizador

Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió entre los días 30 de septiembre y 4 de octubre.

TERCERO: Con fecha 16 de octubre de 2019 el OARC / KEAO suspendió la tramitación del procedimiento mediante la Resolución B-BN 41/2019.

CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 16 de octubre, no se han recibido alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D. J.A.A.M., 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 Acuerdos marco que tengan por objeto 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

La UPV-EHU tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, 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) La justificación de la exclusión impugnada es que la recurrente ha vulnerado el secreto de las proposiciones al incluir en el sobre 1 (relativo a la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos) información que debe contener el sobre 2 (criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas), concretamente datos sobre "la experiencia del equipo de trabajo".

b) EUROHELP alega que dicha información no puede tener influencia alguna sobre la valoración de las ofertas, pues los criterios en este lote 1 tienen un carácter estrictamente automático y la mesa de contratación no tiene que realizar ninguna valoración subjetiva. Por ello, el error cometido carece de relevancia para el resultado de la licitación y no cabe estimar la existencia de infracción del principio de igualdad de trato para decretar la exclusión.

c) Finalmente, se solicita que se declare no conforme a derecho la exclusión impugnada y que se ordene la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a la misma, a fin de que se admita la oferta de la recurrente.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

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

a) La recurrente reconoce que ha avanzado una información que no debiera conocerse hasta la apertura del sobre 2, y la cláusula 14.1 a) de las Condiciones Generales del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) establece que será motivo de rechazo de las ofertas que Incluyan algún documento dentro de un sobre diferente al indicado en la cláusula 24 de cláusulas específicas del contrato y ello comprometa el secreto de la oferta

b) En el periodo de licitación fue publicada una aclaración respecto al anexo de adscripción de medios, en concreto respecto de la columna referida a la experiencia, quedando claro que en dicha columna no debía mencionarse la experiencia en los términos definidos en el criterio de valoración automático.

c) Finalmente, el poder adjudicador solicita la desestimación del recurso.

OCTAVO: 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:

> **22.2.1.- Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor:** sí en el Lote 2 (Nota: recuérdese que el lote impugnado es el lote 1)
>
> **24.- DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR EN CADA SOBRE.**
>
> Los documentos exigidos para tomar parte en el procedimiento se presentarán dentro de los archivos electrónicos o sobres que se indican a continuación.
>
> 24.1.- SOBRE 1: DOCUMENTACIÓN ACREDITATIVA DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PREVIOS.
>
> En este sobre se deben presentar los documentos que se indican en la cláusula 13.1 de condiciones generales.
>
> Respecto a la parte IV del DEUC, el operador económico se limitará a cumplimentar la sección α: si

ANEXO II-2 “Compromiso de adscripción de medios”,

24.2.- SOBRE 2: OFERTA EVALUABLE AUTOMÁTICAMENTE A TRAVÉS DE FÓRMULAS.

En este sobre debe/n presentarse el/los siguiente/s documento/s:

• Oferta económica con arreglo al modelo que figura en el ANEXO III.1.

• Certificaciones personales y certificaciones de empresa,

24.3.- SOBRE 3: OFERTA PARA CUYA EVALUACIÓN SE REQUIERE EFECTUAR UN JUICIO DE VALOR:

Lote 1 y Lote 3: no

En síntesis, se debate si la recurrente ha infringido el secreto de la oferta al introducir en el sobre destinado a la calificación de la documentación de los requisitos previos (sobre 1) datos relativos a los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas (sobre 2), cuando los criterios de valoración del lote 1 son exclusivamente automáticos.

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 101/2019) 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 la información aportada es irrelevante (ver la Resolución 157/2018).

b) Sobre la relevancia de la infracción cuando todos los criterios de valoración son automáticos.

En la presente impugnación no se discute sobre si la recurrente ha cometido el error de incluir en el sobre 1 determinado contenido documental que debió incluirse en el sobre 2, pues dicha circunstancia es admitida por las partes. El debate se suscita en la consecuencia que debe derivarse de ello. A juicio de este Órgano, deben estimarse los motivos impugnatorios de EUROHELP por las siguientes razones:

1. En la licitación del lote 1 no existe ningún criterio sometido a juicio de valor que haya de ser valorado, pues todos los criterios de valoración son cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. Tal y como señala la Resolución 244/2018 del Tribunal Central Administrativo de

Recursos Contractuales, esta circunstancia resulta trascendental para decidir la cuestión, pues al estar tasado el modo en que se van a valorar los criterios, no dependiendo de ningún juicio de valor, la mesa de contratación debe ajustarse a él. Por ello, para la adjudicación de este lote no es necesaria realizar la valoración previa o separada que la LCSP exige en sus artículos 146 y 159 única y exclusivamente para cuando coexisten en el procedimiento criterios de adjudicación objetivos y subjetivos, y, consecuentemente, desaparece la posibilidad de que pueda producirse el "efecto halo" en la atribución de las puntuaciones.

2. En este mismo sentido, el carácter automático de los criterios de adjudicación implica que la labor de la mesa de contratación se limita a aplicar las fórmulas y a sumar los puntos obtenidos. Así, no puede vulnerarse el principio de igualdad de trato entre los licitadores, ni el secreto de la oferta, pues el conocimiento previo de algún aspecto o dato relativo a sus proposiciones no va a poder afectar a las valoraciones, es decir, va a ser irrelevante para la adjudicación. Por ello, y dado que el anticipo de dicha información no tiene trascendencia alguna en la objetividad e imparcialidad del órgano de contratación, el error cometido por la recurrente a la hora configurar el contenido de los sobres no puede conllevar la exclusión automática de la oferta.

3. Por otro lado, estima el poder adjudicador que la no exclusión de la adjudicataria del procedimiento por el motivo indicado conculcaría lo dispuesto en la cláusula 14.1 a) de las Condiciones Generales de PCAP relativa a las causas de rechazo de las ofertas anteriormente transcrita. Debe indicarse al respecto, en primer término, que la cláusula del pliego alegada por el órgano de contratación impone el rechazo de las ofertas que incluyan erróneamente algún documento en un sobre diferente al indicado si se compromete el secreto de la oferta, circunstancia que no concurre por lo ya expresado en los apartados anteriores. En segundo lugar, cabe señalar en relación con el establecimiento en el pliego de

causas de exclusión, en aplicación del principio de concurrencia, se impone como necesario justificar que dicha exclusión es la única opción posible. Así lo pone de manifiesto el Acuerdo 105/2018 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra con cita de la Resolución 686/2018, de 12 de julio, del Tribunal Central Administrativo de Recursos Contractuales al indicar: "(…) que la potestad del órgano de contratación de establecer en los pliegos las causa de exclusión no es absoluta sino subordinadas a las exigencias del legislador, exigencias entre las que figura en lugar preeminente el principio de libre competencia que impide restringir artificialmente la concurrencia. Conforme con ello, no basta con afirmar que la exclusión de un licitador tiene su apoyo en lo dispuesto en los pliegos sino, además, es preciso justificar que la exclusión es la única opción posible a la vista de que la irregularidad en que incurre la oferta hace imposible la normal continuación del procedimiento de contratación".

c) Conclusión

En el presente supuesto, el error cometido por la recurrente no impide al órgano de contratación evaluar las ofertas de manera objetiva por lo que procede, en consecuencia, estimar el recurso interpuesto, no siendo necesario analizar si los pliegos y sus aclaraciones satisfacen o no el principio de transparencia, y en qué medida la infracción puede imputarse íntegramente al recurrente o si los pliegos contienen cláusulas oscuras o contradictorias que hayan podido inducir a esta.

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: Estimar el recurso especial interpuesto por la empresa EUROHELP CONSULTING, S.L.U. frente a la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del "Acuerdo Marco con empresas para la edición y desarrollo de contenidos Web, aplicaciones complementarias incluidas, en su caso, labores formativas en el ámbito de la plataforma LIFERAY DXP incluidas versiones anteriores (LR 6.X)-Lote 1", tramitado por la UPV-EHU, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones para que la oferta del recurrente sea valorada.

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: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

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 azaroaren 21a

Vitoria-Gasteiz, 21 de noviembre de 2019