



EB 2022/199

Resolución 027/2023, de 10 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 las empresas UBIKARE ZAINKETAK, S.L. y NAGUSPEA, S.L. contra la exclusión de su oferta y la declaración de desierto del procedimiento de adjudicación del contrato “Diseño e implementación de un programa de apoyo a personas familiares cuidadoras de la CAPV a través de una aplicación para móvil o Tablet”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 13 de diciembre de 2022 se presentó 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 las empresas UBIKARE ZAINKETAK, S.L. y NAGUSPEA, S.L. (en adelante, “las recurrentes”) contra la exclusión de su oferta y la declaración de desierto del procedimiento de adjudicación del contrato “Diseño e implementación de un programa de apoyo a personas familiares cuidadoras de la CAPV a través de una aplicación para móvil o Tablet”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: El día 14 de diciembre el 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



Nahi izanez gero, J0D0Z-T4C24-MEND bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: <https://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T4C24-MEND en la sede electrónica <https://euskadi.eus/localizador>



2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 21 de diciembre.

TERCERO: No constan interesados distintos de los recurrentes y del poder adjudicador.

CUARTO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58.2 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, el presente procedimiento de recurso es de tramitación urgente y preferente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de UBIKARE ZAINKETAK, S.L. y NAGUSPEA, S.L., que concurrieron al procedimiento de adjudicación con el compromiso de constituirse en Unión Temporal de Empresas, así como la representación de A.D.D. y J.C.I., que actúan en su nombre.

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2. b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso: «b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos 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. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en 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, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.»

Asimismo, este Órgano ya ha señalado que, aunque la LCSP no cita expresamente la declaración de desierto entre los actos impugnables, de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/6/2002, asunto C-92/00, ECLI: EU:C:2002:379 se deduce que el efecto útil del recurso especial exige que el acuerdo de cancelación de una licitación puede ser objeto de recurso y, en su caso, anulado (ver, por ejemplo, la Resolución 44/2021 del OARC / KEAO y las que en ella se citan).

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones de las recurrentes

Los argumentos en los que se funda el recurso son, en síntesis, los que se exponen a continuación:

a) La oferta de las recurrentes fue excluida por introducir en el archivo destinado a la información relativa a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor (sobre C) datos que se corresponden con los criterios evaluables



mediante fórmulas (en concreto, referencias a los municipios donde se va a implantar el programa objeto del recurso y una estimación de la captación de personas usuarias), infringiendo así la valoración separada de ambos tipos de criterio. El recurso alega que dicha exclusión no se ajusta a la legalidad ni a la finalidad perseguida por la citada valoración separada.

b) Según las recurrentes, las citadas referencias no anticipan el contenido de datos relevantes para la aplicación de los criterios sujetos a fórmula. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) exigía incluir en el sobre C una propuesta metodológica para lograr los objetivos del programa, en particular lo referido a la captación de personas usuarias y fidelización, publicidad del programa, gestión de solicitudes, etc. Una vez detallada la propuesta metodológica, se ofrecían datos e indicios de su aptitud mediante sondeos realizados en municipios. Asimismo, se ofrecen datos para valorar la fiabilidad de la estimación del número de usuarios.

c) La información señalada en el apartado b) anterior, necesaria para la evaluación de los criterios de adjudicación, no tiene relación directa con los criterios de adjudicación sujetos a evaluación mediante fórmulas, ni cabe sospechar razonablemente que coincidirán (de hecho, no lo hacen) con el contenido del sobre relativo a los criterios automáticos (sobre B). Así, no puede concluirse que los municipios mencionados en el sobre C porque la propuesta de captación de usuarios ha sido apoyada por ellos vayan a figurar después en el sobre B como municipios en los que se implantará el programa; análoga alegación se formula en relación con la captación de usuarios.

d) En todo caso, no ha podido producirse perjuicio a la objetividad de la evaluación porque la aplicación de los criterios se deduce de una simple operación matemática.

e) Finalmente, se solicita que se declaren no conformes a derecho la exclusión de la oferta de las recurrentes y la declaración de desierto del procedimiento de adjudicación y, consecuentemente, que se ordene la retroacción de actuaciones



al momento inmediatamente anterior a la exclusión para que se admita la oferta y se prosiga el procedimiento hasta su resolución.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

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

- a) Se alega que la oferta de las recurrentes incluye en el sobre C un resumen de la estimación de captación de usuarios en el que figura un número de usuarios superior al mínimo exigido en los pliegos (5.400 usuarios para un mínimo de 5.000); esta cuantía encaja en el criterio de adjudicación “Número de usuarios del programa superior a 5.000”, que premia con un punto cada 100 usuarios adicionales al mínimo, hasta un máximo de 4 puntos.
- b) La aportación en la oferta de un listado de municipios más amplio de lo necesario para obtener la puntuación máxima permite concluir que los municipios integrantes de la lista van a estar (todos o algunos) en el sobre B, lo que permite determinar la puntuación en el criterio “Municipios donde se implanta el programa”, basado en la población del municipio; además, dicho criterio de adjudicación podía haberse valorado sin señalar expresamente la lista de municipios.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el debate principal planteado por el recurso es la adecuación legal de la exclusión de la proposición de las recurrentes por infringir la valoración separada de los criterios discrecionales y de los sujetos a fórmula. De la respuesta a esta cuestión depende la viabilidad de la impugnación de la declaración de desierto del procedimiento, pues ésta se basa en la “ausencia de oferta válida” (ver el apartado primero de la Orden de declaración de desierto).



El análisis del recurso debe partir del contenido de los pliegos, que rigen el procedimiento de adjudicación y vinculan al poder adjudicador y a los licitadores por no haber sido impugnados en tiempo y forma. En concreto, los apartados más relevantes de la documentación contractual son los siguientes:

Cláusulas específicas del PCAP

II.- CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN

[...]

22.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

[...]

22.2.1.- Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor: sí

1.- VALOR TÉCNICO DE LA PROPUESTA	PUNTUACIÓN
Propuesta general de desarrollo del proyecto junto con el cronograma de acuerdo a los puntos establecidas en el pliego de cláusulas administrativas (0 a 3 puntos)	Hasta 33 puntos
- Aplicación para móviles y tabletas: Diseño, desarrollo e implantación: - Adecuación con los objetivos establecidos en los pliegos de prescripciones técnicas: elementos principales contenidos, originalidad del diseño y desarrollo de la aplicación, facilidad de uso y adecuación al objetivo del programa... (0 a 4 puntos) - Metodología para el desarrollo e implementación de la aplicación (0 a 3 puntos) - Manuales de uso de la aplicación y atención problemas técnicos: diseño y diferentes soportes, formación personas usuarias y gestión de problemas técnicos (0 a 3 puntos)	Hasta 10 puntos
- Diseño e implantación del programa de apoyo a personas cuidadores familiares: - Metodología para el desarrollo del programa: captación de personas usuarias y fidelización, publicidad del programa, gestión de solicitudes. (0 a 4 puntos) - Propuesta diseño logotipo del programa (0 a 3 puntos) - Itinerarios de formación: metodología para la elección de los contenidos de acuerdo a los usuarios; sistema de evaluación de los mismos; forma de impartición. (0 a 5 puntos) - Atención psicosocial: Metodología de intervención para abordar a la persona usuaria, establecimiento plan de atención para cada persona y modelo de prestación de la atención (0 a 5 puntos). - Modelo de evaluación del programa: seguimiento periódico del programa y mecanismos para análisis de datos y explotación de los mismos teniendo en cuenta los objetivos del programa (0 a 3 puntos)	Hasta 20 puntos

[...]

22.2.2.- Criterios evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas:



[...]

22.2.2.2 MUNICIPIOS DONDE SE IMPLANTA EL PROGRAMA

Ponderación: 4 puntos

La valoración se llevará a cabo en función de la siguiente puntuación.

- Municipios de población entre 500 y 5000 habitantes: 0, 25 puntos por municipio con un máximo de 1 puntos
- Municipios de población menor a 500 habitantes: 0,50 puntos por cada municipio con un máximo de 3 puntos.

22.2.2.3 NÚMERO DE USUARIOS DEL PROGRAMA SUPERIOR A 5000

Ponderación: 4 puntos

La valoración se llevará a cabo en función de la siguiente puntuación: por cada 100 usuarios del número mínimo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas (5000 usuarios) 1 punto con un máximo de 4 puntos.

[...]

24.- DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR EN CADA SOBRE

[...]

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

Cada oferta que se presente por parte de las empresas licitadoras deberán aportar la información estructurada de la siguiente forma:

- Índice
- Presentación de la propuesta general del desarrollo del proyecto.
- Aplicación para móviles y tabletas:
 - Diseño: elementos principales.
 - Desarrollo: metodología y aplicación.
 - Manuales de uso y atención a las personas usuarias.
 - Plan de trabajo y cronograma
- Programa de apoyo a personas cuidadoras familiares:
 - Metodología para el desarrollo del programa:
 - ✚ Captación personas usuarias
 - ✚ Gestión de solicitudes
 - ✚ Atención y asesoramiento a las personas usuarias
 - ✚ Plan de trabajo y cronograma
 - Diseño de una imagen corporativa del programa
 - Formación
 - ✚ Diseño y catálogo de la formación a impartir
 - ✚ Modo de acceso y niveles de formación



- ✚ Sistemas de valoración de la satisfacción de las personas usuarias
 - Atención psico-social
 - ✚ Metodología de la intervención
 - ✚ Sistema de valoración de las personas usuarias para determinar la necesidad de las sesiones y el nº de las mismas.
 - Modelo de evaluación del programa: seguimiento periódico y evaluación de datos.
- Equipo de trabajo: Recursos materiales y humanos
 - Estructura, capacitación y perfiles de las personas trabajadoras
 - Metodología para el desempeño de las funciones y tareas.
- Conocimiento del ámbito de aplicación del contrato:
 - Cuidado de personas mayores y competencias de los cuidadores familiares
 - Conexión con otros servicios y prestaciones de titularidad del Departamento.
- Anexos: modelos de documentos e informes

Extensión: La extensión MÁXIMA de toda la propuesta técnica será de 60 páginas (30 hojas a doble cara), incluidas, en su caso, portada e índice, de tamaño DIN A4. Se utilizará la fuente Times New Roman, tamaño 12, e interlineado sencillo (sin perjuicio de que, excepcionalmente, el tamaño de la letra de algún cuadro o imagen tenga un tamaño menor). SI SE INCUMPLEN DICHS REQUISITOS DE TAMAÑO DE LETRA Y NÚMERO MAXIMO DE 60 PÁGINAS, LA OFERTA SERÁ EXCLUIDA.

En su caso, se podrá efectuar la conversión del formato, a efectos de comprobar si cumple con los requisitos indicados.

LA PRESENTACIÓN EN EL SOBRE C DE DOCUMENTOS O DATOS RELATIVOS A CRITERIOS EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FORMULAS, CONLLEVARÁ EL RECHAZO DE LA OFERTA PRESENTADA POR LA LICITADORA.

A la vista de lo anterior, de las alegaciones de las partes y del resto de la documentación que consta en el expediente, a continuación se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre la viabilidad del recurso.

- a) Sobre la infracción de la valoración separada de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y de los evaluables mediante fórmulas

Sobre esta cuestión se expondrá en primer lugar la doctrina general de este Órgano para después contrastarla con el caso concreto.



a 1) Doctrina general sobre la finalidad de la valoración separada y el alcance de su infracción

El OARC / KEAO sostiene (ver, por todas, su Resolución 2/2023) que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio, establecida en el artículo 146.2 de la LCSP, 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 dicho juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que emitirlo conoce también 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 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.

Para garantizar la valoración separada, el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece que la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición para evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos. 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); en este sentido, la apreciación de la trascendencia de dicha infracción debe efectuarse con atención al principio de proporcionalidad, evaluando su relevancia y sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma (ver la sentencia del Tribunal Supremo de 4/5/2022, nº 523/2022, ECLI.ES:TS:2022:1642). Siguiendo estos criterios, 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), la que tiene una conexión lejana con el criterio de adjudicación de evaluación automática (ver, en este sentido las Resoluciones 100/2013 y 32/2018), la que es dispersa, parcial y genérica (ver la Resolución 125/2019) o la que es irrelevante (ver la Resolución 157/2018).

a 2) Sobre la documentación presentada por las recurrentes y la infracción de la valoración separada y su relevancia

A la vista de la doctrina expuesta en la letra a 1) anterior y del contenido del sobre relativo a la oferta técnica y criterios evaluables mediante juicio de valor presentado por las recurrentes, el motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) La página 29 de la propuesta técnica de las recurrentes contiene una tabla que resume la “estimación de captación” de personas interesadas en formar parte del programa cuyo diseño e implantación es el objeto del contrato. Esta tabla cuantifica las citadas personas (con desglose por territorios históricos y tipos de municipio) en un total de 5.400. Como bien indica el poder adjudicador, esta información es sustancialmente la misma que se necesita para calcular la fórmula que determina la puntuación que pueden obtener los licitadores en virtud del criterio de



adjudicación “Número de usuarios del programa superior a 5.000”; de hecho, 5.400 es precisamente el número de usuarios con el que se obtiene la máxima puntuación. Por ello, la infracción es materialmente significativa y no meramente formal, pues se revelan prematuramente datos que permiten anticipar en gran medida el resultado de un criterio sujeto a fórmula, lo que perjudica la objetividad de la evaluación de los criterios discrecionales, cuya garantía es la finalidad buscada por el sistema establecido en el artículo 146.2 de la LCSP. Consecuentemente, la exclusión de la oferta es la única medida adecuada y proporcionada.

- 2) Debe rechazarse el argumento de las recurrentes de que el conocimiento anticipado de los datos no permite ninguna discrecionalidad o posibilidad de manipulación por referirse a un criterio que se aplica con una simple operación matemática. En primer lugar, cuando se infringe el sistema de valoración separada previsto en la LCSP la información afectada siempre es, por definición, relativa a los criterios sujetos a fórmula. En segundo lugar, los criterios cuya evaluación objetiva se ve perjudicada son precisamente los sujetos a un juicio de valor, en los que el uso del margen de apreciación que les es propio se ve mediatizado por el citado conocimiento prematuro de los datos relativos a los criterios automáticos, siendo irrelevante que dichos datos sean o no los efectivamente introducidos en el sobre B, extremo que, además, se desconoce en el momento en el que el poder adjudicador ha de tomar la decisión de apreciar la posible infracción (ver la Resolución 21/2019 del OARC / KEAO, citada en el informe de respuesta al recurso).
- 3) Este Órgano entiende que la infracción no es una consecuencia ineludible de la forma en la que los pliegos han configurado los criterios de adjudicación y la documentación que debe aportar el licitador. Así, el apartado 24.3 de la carátula del PCAP indica que la documentación técnica debe incluir una referencia a la “Captación personas usuarias”, pero dentro del apartado “Metodología para el desarrollo del programa”, es decir, se trata de conocer la metodología empleada para la captación,



no su resultado (ver, en el mismo sentido, el apartado 22.2.1 de la carátula del PCAP).

b) Conclusión

La infracción señalada en el apartado a 2) anterior justifica por sí sola la exclusión de la oferta de las recurrentes, por lo que no es necesario analizar si, además, se ha cometido la misma infracción con relación al criterio de adjudicación “Municipios donde se implanta el programa”. La confirmación de la exclusión implica que debe decaer igualmente la impugnación de la declaración de desierto, que es consecuencia de la falta de ofertas admisibles. Consecuentemente, el recurso debe desestimarse íntegramente.

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 pública interpuesto por las empresas UBIKARE ZAINKETAK, S.L. y NAGUSPEA, S.L. contra la exclusión de su oferta y la declaración de desierto del procedimiento de adjudicación del contrato “Diseño e implementación de un programa de apoyo a personas familiares cuidadoras de la CAPV a través de una aplicación para móvil o Tablet”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.



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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2023ko otsailaren 10a

Vitoria-Gasteiz, 10 de febrero de 2023