



EB 2021/049

Resolución 084/2021, de 21 de mayo, 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 mercantil MARSH, S.A., Mediadores de Seguros, Correduría de Seguros y Reaseguros contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de mediación y asesoramiento en materia de seguros para el Ayuntamiento de Donostia y sus organismos municipales adheridos”, promovido por el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 15 de marzo de 2021, la mercantil MARSH, S.A., Mediadores de Seguros, Correduría de Seguros y Reaseguros (en adelante, MARSH) interpuso, 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), un recurso especial en materia de contratación pública contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de mediación y asesoramiento en materia de seguros para el Ayuntamiento de Donostia y sus organismos municipales adheridos”, promovido por el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián.

SEGUNDO: El día 16 de marzo se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe a los que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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 remitió a este Órgano entre los días 17 y 22 de marzo.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 22 de marzo, se han recibido alegaciones de ZIHURKO Sociedad de Correduría de Seguros (en adelante, ZIHURKO) el día 29 de marzo.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de S.V.F. que actúa 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 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

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, el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

En resumen, los argumentos del recurso son los que siguen:

- a) El órgano de contratación ha efectuado una interpretación formal y rigorista del artículo 150.2 de la LCSP que conduce a un resultado injusto, pues tras ser designada su oferta como la más ventajosa, la recurrente fue excluida del procedimiento de adjudicación por no cumplimentar adecuadamente el requerimiento para que presentara la documentación justificativa de formación académica de las personas adscritas al contrato. Entiende la recurrente que no procede entender que ha retirado su oferta, por cuanto siempre ha tenido la voluntad de cumplir con el requerimiento
- b) La recurrente entiende que la cláusula 16.2 b) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) presenta un alto grado de ambigüedad debido a su alambicada redacción en la que se incluyen 11 conjunciones en el mismo párrafo, siete de ellas con valor disyuntivo. En este sentido, la presentación de un certificado relativo al nivel de formación basado en la clasificación en grupos y subgrupos profesionales es una opción permitida por el pliego para acreditar dicha formación del personal adscrito al contrato.
- c) No cabe la exclusión de la oferta por el hecho de que el órgano de contratación haya considerado que la documentación aportada por la recurrente no se ajusta a la interpretación del contenido mínimo que un *curriculum vitae* debe poseer.



d) Finalmente, se solicita la anulación del acto impugnado y se rehabilite el derecho de MARSH a resultar adjudicataria del contrato.

SÉPTIMO: Alegaciones de ZIHURKO

La adjudicataria impugnada se opone al recurso por los siguientes argumentos expuestos resumidamente:

a) La normativa contractual y la jurisprudencia exigen que las proposiciones se ajusten a lo establecido en los pliegos, pues estos son vinculantes.

b) Respecto a la ambigüedad u oscuridad de los pliegos, debe indicarse que estos tienen un plazo para ser recurrido y que una vez transcurrido no cabe impugnarlos, salvo que se den una serie de características (entre ellas, un vicio de invalidez que se manifiesta con posterioridad al citado plazo) que en el presente caso no se producen.

c) No cabe establecer equivalencias respecto de la documentación acreditativa de la formación del personal cuando no han sido fijadas en los pliegos, habiéndose de estar a su contenido por su carácter de ley entre las partes.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso por las siguientes razones:

a) No se ha aplicado de forma “formalista y rigorista” lo establecido en el artículo 150.2 de la LCSP, pues se concedió a la mercantil recurrente un plazo de subsanación de la documentación aportada tras el requerimiento al que hace referencia el citado artículo.

b) Tras el periodo de subsanación de la documentación MARSH presentó una documentación en la que no se aportaban los títulos y certificados oficiales que



acreditasen las titulaciones y formaciones alegadas e incluso los TC2 proporcionados no acreditaban la adscripción de los empleados a la oficina de San Sebastián a través de la cuenta de cotización.

c) No se trata de un problema de oscuridad o entendimiento incorrecto de las cláusulas de los pliegos (sobre las cuales no efectuó consulta alguna) sino de falta de acreditación documental del compromiso adquirido en su oferta. Debe tenerse en cuenta que la puntuación obtenida por la recurrente por los medios a adscribir a la oficina resultó decisiva para la selección de la oferta de MARSH como la más ventajosa con trámite de aclaración incluido.

d) En definitiva, la recurrente tuvo dos oportunidades de aportar la documentación requerida y no lo hizo, pues no remitió los justificantes para acreditar la adscripción de las 474 personas (lote 1) y 60 personas (lote 2) a la oficina de San Sebastián ni acreditó con titulaciones y certificados oficiales la formación y experiencia alegada.

e) Una vez que MARSH no aportó la documentación necesaria tras el segundo plazo concedido, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 150.2 de la LCSP el Ayuntamiento entendió que la empresa retiraba su oferta y propuso la adjudicación al operador clasificado en segundo lugar, por lo que debe entenderse proporcionada dicha medida.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de la pretensión del recurso debe partir del contenido de las cláusulas relevantes de los pliegos, que vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación por no haber sido impugnados en tiempo y forma, así como de la oferta presentada por MARSH.

PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

16.- COMPROMISO DE ADSCRIPCIÓN OBLIGATORIA DE MEDIOS

SI



La licitadora, en caso de resultar adjudicataria del contrato, deberá adscribir al contrato los siguientes medios:

- a) Un administrativo/a que realice las labores de interlocución y que canalice toda la información y realice todas las gestiones vinculadas al asesoramiento, tratamiento y liquidación de los siniestros ubicada en la oficina del término municipal.
- b) Un titulado superior especializado en las ramas de seguros objeto del contrato con una experiencia mínima de 5 años.

(...)

Para acreditar que dispone de dichos medios, deberá presentar la siguiente documentación:

- Las licitadoras deberán presentar cumplimentado el Anexo IV (declaración de adscripción de medios) en el archivo nº 1.

- La licitadora que sea propuesta como adjudicataria deberá presentar la siguiente documentación en el plazo de 10 días otorgado para la presentación de la documentación previa a la adjudicación en base al artículo 150.2 de la LCSP:

- a) En cuanto a los medios humanos: Títulos y certificados oficiales (universidades, administraciones públicas, escuelas etc ...) y documentos TC2 de la Seguridad Social o equivalente y/o certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación, así como mediante Currículum Vitae.

(...)

19.2.- CRITERIOS A VALORAR MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULAS

(...)

- b) Hasta 10 puntos por la mejora en el personal adscrito al contrato.

Se otorgarán 10 puntos al licitador que mayor número de personas extra (de acuerdo con el apartado 16) adscriba al contrato en la oficina del término municipal y 0 a quien no ofrezca ninguna persona extra.

$$P_i = G_i \times 10 / G_{\max}$$

(...)

B) LOTE 2 (Grupo de Riesgo 5) HASTA 35 PUNTOS

(...)

- b) Hasta .5 puntos por la mejora del personal adscrito al contrato

Se otorgarán 5 puntos al licitador que mayor número de personas extra (de acuerdo con el apartado 16) adscriba al contrato en la oficina del término municipal y 0 a quien no ofrezca ninguna persona extra.



OFERTA PRESENTADA POR MARHS

OFERTA ECONÓMICA Y DE LOS OTROS ELEMENTOS DE LA OFERTA EVALUABLES MEDIANTE FÓRMULAS

1. OFERTA ECONÓMICA

(...)

2. OTROS ELEMENTOS EVALUABLES MEDIANTE FÓRMULAS

*Rellenar solo las opciones a las que se quiera presentar oferta.

Lote 1: Daños materiales, Resp Civil patrimonial, Resp Civil vehículos		oferta
a) Personas extra adscritas a la ejecución del contrato (de acuerdo con el artículo 16 del pliego será de adscripción obligatoria al contrato 1 administrativo y un titulado superior especializado en las ramas de seguros objeto del contrato con una experiencia mínima de 5 años.)		474 personas
Lote 2: Vida y accidentes		oferta
a) Personas extra adscritas a la ejecución del contrato (de acuerdo con el artículo 16 del pliego será de adscripción obligatoria al contrato 1 administrativo y un titulado superior especializado en las ramas de seguros objeto del contrato con una experiencia mínima de 5 años.)		60 personas

Ref.: RESPUESTA SOLICITUD ACLARACION - LOTE 1

Contrato: SERVICIO DE MEDIACION Y ASESORAMIENTO EN MATERIA DE SEGUROS PRIVADOS DEL AYUNTAMIENTO DE SAN SEBASTIAN, SUS ORGANISMOS AUTONOMOS Y OTRAS ENTIDADES MUNICIPALES. Expte. 2019/120.

Muy Sres. Nuestros,

En relación al requerimiento recibido el día 05 de Octubre, relativo a la solicitud de aclaración que a continuación transcribimos literalmente del documento, damos respuesta marcando la casilla seleccionada:

"Teniendo en cuenta que el criterio-de valoración mediante la aplicación de fórmulas de los apartados b) del-Lote 1 de la Cláusula 19.2. sería la que "Se otorgarán(...) puntos al licitador que mayor número de personas extra (de acuerdo con el apartado 16) adscriba al contrato en la oficina del término Municipal(...)", la mesa de contratación el día 30 de septiembre de 2020 ha acordado solicitar aclaración de-su oferta.

Por ello, solicitamos que proceda a realizar la siguiente y única aclaración:

Las personas ofertadas en el anexo VIII (Modelo de oferta económica y de los otros elementos de la oferta evaluables mediante fórmulas), ¿son personas que se van a adscribir al contrato en la oficina del San Sebastián, desarrollando su jornada laboral de manera presencia/?"

☒ SI	☐ NO
---	-----------------------------



Para realizar dicha aclaración, se advierte que solamente se aceptará por respuesta una de las dos opciones recogidas en el casillero. La adición de cualquier otra información, dato u aclaración será considerada como modificación de la oferta y no se tendrá en cuenta a efectos de valoración del apartado indicado.

Se concede un plazo de 3 días desde el día siguiente a la presente notificación para proceder a la aclaración solicitada. La aclaración deberá presentarse por medio de la Plataforma Electrónica de Contratación de Euskadi. En caso de no recibir en dicho plazo ninguna comunicación, la Mesa de Contratación no tendrá en consideración la oferta presentada hasta este momento en dicho apartado por Uds. a efectos de la valoración del mismo."

Atentamente

Ref.: RESPUESTA SOLICITUD ACLARACION -LOTE 2

Contrato: SERVICIO DE MEDIACIÓN Y ASESORAMIENTO EN MATERIA DE SEGUROS PRIVADOS DEL AYUNTAMIENTO DE SAN SEBASTIAN, SUS ORGANISMOS AUTONOMOS Y OTRAS ENTIDADES MUNICIPALES. Expte. 2019/120.

Muy Sres. Nuestros,

En relación al requerimiento recibido el día 05 de Octubre, relativo a la solicitud de aclaración que a continuación transcribimos literalmente del documento, damos respuesta marcando la casilla seleccionada:

"Teniendo en cuenta que el criterio de valoración mediante la aplicación de fórmulas de los apartados b) del Lote 2 de la Cláusula 19.2. señala que *"Se otorgarán(...) puntos al licitador que mayor número de personas extra (de acuerdo con el apartado 16) adscriba al contrato en la oficina del término municipal(...)"*, la mesa de contratación el día 30.de septiembre de 2020 ha acordado solicitar aclaración de su oferta.

Por ello, solicitamos que proceda a realizar la siguiente y única aclaración:

Las personas ofertadas en el anexo VIII (Modelo de oferta económica y de los otros elementos de la oferta evaluables mediante fórmulas), ¿son personas que se van a adscribir al contrato en la oficina del San Sebastián, desarrollando su jornada laboral de manera presencial?

☒ SI	☐ NO
---	-----------------------------

Para realizar dicha aclaración, se advierte que solamente se aceptará por respuesta una de las dos opciones recogidas en el casillero. La adición de cualquier otra Información, dato u aclaración será considerada como modificación de la oferta y no se tendrá en cuenta a efectos de valoración del apartado indicado.

Se concede un plazo de 3 días desde el día siguiente a la presente notificación para proceder a la aclaración solicitada. La aclaración deberá presentarse por medio de la Plataforma Electrónica de Contratación de Euskadi. En caso de no recibir en dicho plazo ninguna comunicación, la Mesa de Contratación no tendrá en consideración la oferta presentada hasta este momento en dicho apartado por Uds. a efectos de la valoración del mismo."



En síntesis, el recurrente impugna la exclusión de su oferta, por entender el poder adjudicador que ha sido retirada por no cumplimentar adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, con los efectos previstos en el artículo 150.2 de la LCSP. A continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre la cuestión.

a) Sobre el alcance del requerimiento del artículo 150.2 de la LCSP y su cumplimiento por el recurrente

Por lo que se refiere al objeto del presente recurso, el acuerdo de exclusión, el artículo 150.2 de la LCSP establece lo siguiente:

Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo; de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.

(...)

De esta redacción se deduce lo siguiente:

- 1) La finalidad del trámite del artículo 150.2 de la LCSP es requerir al licitador que ha presentado la oferta más ventajosa (en este caso, el recurrente) para que, entre otros documentos, presente la documentación justificativa



de la disposición efectiva de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato. Esta posibilidad figura en el artículo 76.2 de la LCSP, y tanto por su ubicación sistemática (dentro de una subsección titulada Solvencia) como por el propio título del precepto (Concreción de las condiciones de solvencia) se trata de un aspecto relativo a la capacidad técnica de los licitadores (ver, por ejemplo, el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 37/2001 y la Resolución 56/2019 del OARC / KEAO).

- 2) En consecuencia con lo señalado en el apartado 1) anterior, la cláusula 16 del PCAP establece la obligatoriedad de que el licitador se comprometa a adscribir dos personas al contrato: (i) un administrativo y (ii) un titulado superior especializado en la rama de seguros. Consta en el expediente (páginas 534-545) que MARSH aportó la documentación exigida por la citada cláusula (Títulos, certificados oficiales y *curriculum vitae*) para acreditar la solvencia de las personas adscritas, tal y como fue requerida para ello por el Ayuntamiento el día 22 de octubre de 2020, por lo que la recurrente cumplió con el trámite exigido.
- 3) Un tratamiento jurídico y procedimental diferente debe darse a la adscripción de personas extra al contrato en la oficina del término municipal, recogida en la cláusula 19.2 B) b) del PCAP. En este caso, nos hallamos ante un aspecto de la oferta evaluable por un criterio de adjudicación de apreciación automática. Sobre estos criterios, descritos en el artículo 146.2 de la LCSP como aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos, este Órgano ha establecido (ver, por todas, su Resolución 073/2021) que su rasgo principal es el de la ausencia total de margen de apreciación en la valoración de las ofertas, ya que la puntuación se deriva de la aplicación de una fórmula y el resultado de una fórmula no puede interpretarse, tan solo se calcula. Una vez que uno o varios de estos criterios se establecen, como en este caso, en unos pliegos firmes por



consentidos, vinculan al poder adjudicador y a los participantes en la licitación, lo que no solo implica respetar su contenido, sino también su misma condición de criterio sujeto a fórmula. La sola clasificación de los criterios como automáticos tiene consecuencias procedimentales, como un orden concreto que debe seguirse para la apertura de las correspondientes ofertas y la prohibición radical de que en su aplicación el órgano de contratación pueda introducir ningún elemento subjetivo o juicio discrecional o valorativo, con el correlativo efecto de que los licitadores tienen el derecho a esperar que el procedimiento de adjudicación se conduzca en esos estrictos términos y no en otros distintos.

- 4) Partiendo de lo indicado en el apartado 3) anterior y de que el artículo 150.2 no contempla ningún trámite para verificar los compromisos adquiridos por el licitador para satisfacer los criterios de adjudicación, hay que señalar que tampoco consta en los pliegos que el criterio Hasta 10 puntos por la mejora en el personal adscrito al contrato. Se otorgarán 10 puntos al licitador que mayor número de personas extra (de acuerdo con el apartado 16) adscriba al contrato en la oficina del término municipal y 0 a quien no ofrezca ninguna persona extra esté sometido a ninguna verificación adicional. Así, cuando dicho criterio dice entre paréntesis (de acuerdo con el apartado 16) debe entenderse que está matizando las palabras anteriores (número de personas extra), pues son las que lo anteceden, y no a la forma de acreditación (ver también el modelo de oferta).
- 5) Consecuentemente, el requerimiento del poder adjudicador de que el recurrente presente documentación respecto de las 474 personas presentadas en su oferta al objeto de satisfacer un criterio de adjudicación sin que los pliegos contengan requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de las informaciones facilitadas, no tiene amparo legal en el artículo 150.2 de la LCSP y, consecuentemente, su falta de cumplimentación no puede suponer la exclusión de la proposición.



Además, dicho requerimiento incluye aspectos no contemplados en la descripción del criterio, como la titulación y el *curriculum vitae*.

- 6) Debe señalarse que, a falta de mención de los pliegos de la forma de acreditación de lo afirmado en la proposición a la hora de valorar un criterio de adjudicación, la comprobación del cumplimiento de dicho criterio solo se pueda verificar una vez se inicie el contrato, es decir, en fase de ejecución del mismo. Debe tenerse en cuenta que el propio criterio indica expresamente al mayor número de personas que adscriba al contrato, esto es, se está refiriendo a un tiempo futuro (adscriba, para la ejecución del mismo) e hipotético (si resulta adjudicatario), por lo que no cabe apreciar de forma previa su presunto incumplimiento ni exigir que la empresa identifique ya las concretas personas adscritas.
- 7) Finalmente, se observa que el poder adjudicador pidió al recurrente una aclaración muy concreta sobre la oferta de adscripción de personal adicional (incluyendo la presencialidad y la jornada completa, que no aparecen en el criterio) y ésta fue ratificada por MARSH, sin que en ningún momento el Ayuntamiento haya puesto en duda la verosimilitud de la oferta (ver, por ejemplo, la Resolución 107/2018 del OARC / KEAO y el informe 36/05 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado).

b) Conclusión

Dado que, según lo expresado anteriormente, la documentación presentada por la recurrente justificaba la disposición de los medios que se había comprometido a adscribir a la ejecución del contrato en los términos establecidos en los pliegos, el recurso ha de ser estimado, de forma que debe anularse el acuerdo de la Junta de Gobierno de 16 de febrero de 2021 por la que se entendía retirada la oferta de MARSH y se adjudicaba el contrato a la UTE WILLIS-ZIHURKO,



retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado del acto anulado.

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 mercantil MARSH, S.A., Mediadores de Seguros, Correduría de Seguros y Reaseguros contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de mediación y asesoramiento en materia de seguros para el Ayuntamiento de Donostia y sus organismos municipales adheridos”, promovido por el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones en los términos previstos en la letra b) del fundamento jurídico noveno.

SEGUNDO: Levantar la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación.

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

CUARTO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que informe a este Órgano de las medidas 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2021eko maiatzaren 21a

Vitoria-Gasteiz, 21 de mayo de 2021