EB 2024/112

Resolución 231/2024 de 12 de diciembre, 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 la reclamación interpuesta por la empresa AON IBERIA CORREDURÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A contra la adjudicación del contrato "Servicios de mediación, asistencia técnica y asesoramiento en la contratación de los seguros privados de la Sociedad Pública Eusko Trenbideak-Ferrocarriles Vascos, S.A., Sociedad Unipersonal" (lote III), tramitado por Euskotrenbideak – Ferrocarriles Vascos, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 8 de julio de 2024 ha tenido entrada 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) la reclamación interpuesta por la empresa AON IBERIA CORREDURÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A (en adelante, "AON") contra la adjudicación del contrato "Servicios de mediación, asistencia técnica y asesoramiento en la contratación de los seguros privados de la Sociedad Pública Eusko Trenbideak-Ferrocarriles Vascos, S.A., Sociedad Unipersonal" (lote III), tramitado por Euskotrenbideak – Ferrocarriles Vascos, S.A.

SEGUNDO: El día 9 de julio, este OARC / KEAO solicitó al poder adjudicador la copia del expediente de contratación y 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). Dicha documentación se recibió el día 3 de septiembre.

Dokumentu honen benetakotasuna J0D0Z-T6DK4-5KE1 lokalizatzailearen bidez egiaztatu daiteke Egoitza elektronikoan: https://euskadi.eus/lokalizatzailea

Se puede contrastar la autenticidad de este documento mediante el localizador J0D0Z-T6DK4-5KE1 en la Sede electrónica: https://euskadi.eus/localizador

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 5 de septiembre, el día 12 de septiembre se recibieron las alegaciones de MARSH S.A., MEDIADORES DE SEGUROS (en adelante, MARSH), adjudicatario impugnado.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

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

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo de la reclamación

Según el artículo 119.2 del Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante, RDL 3/2020), en relación con el artículo 1.1 b) de la misma norma, son susceptibles de reclamación en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 443.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 119.2 c) del RDL 3/2020 señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por las entidades contratantes.

CUARTO: Interposición de la reclamación en tiempo y forma

La reclamación ha sido interpuesta en tiempo y forma.

QUINTO: **Régimen jurídico de la entidad adjudicadora**

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Euskotrenbideak – Ferrocarriles Vascos, S.A. tiene la condición de entidad contratante y, en concreto, de empresa pública, según lo dispuesto en el artículo 5.2 del RDL 3/2020.

SEXTO: Alegaciones de la reclamación

En resumen, la reclamación se basa en los siguientes motivos:

a) Se alega que la adjudicación impugnada adolece de un vicio de nulidad o anulabilidad porque se ha producido una inapropiada apertura en acto privado del sobre que contenía la documentación relativa a los criterios cuantificables automáticamente, en contra de lo dispuesto en la cláusula 10 del Pliego de Condiciones Generales (en adelante, PCG), que no dispone que la apertura de este sobre se deba realizar por la Mesa en sesión no pública, así como del principio de transparencia (artículo 132 LCSP).

b) La resolución de adjudicación no se ha acompañado del informe técnico que sustenta la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, requisito necesario para la validez de la motivación “in aliunde”. La recurrente argumenta que no ha tenido acceso al informe de valoración técnica ni a una parte del contenido de las ofertas de los demás licitadores; en este sentido, se alega una inadecuada aplicación del principio de confidencialidad del artículo 133 LCSP.

c) El órgano de contratación ha cometido errores en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. Se alega que hay una ausencia de justificación de las puntuaciones que excede del margen que la discrecionalidad técnica otorga a la entidad adjudicadora. Asimismo, la motivación no da información suficiente para comprobar la validez de la adjudicación y decidir si le interesa o no impugnar el acuerdo.

d) Hay aspectos que se han valorado en la oferta de otras licitadoras y que no se han tenido en cuenta en el caso de la oferta de AON (garantías, cláusulas, valoración de ofertas, duración del contrato y prórrogas, presencia de mujeres, etc.).

e) Finalmente, se solicita que se deje sin efecto la adjudicación del contrato.

SÉPTIMO: <u>Alegaciones de MARSH</u>

a) MARSH alega que el artículo 157.4 LCSP establece que la apertura de la oferta económica se hará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos, que es lo que sucede en este caso (apartado 6 del PCG), y que el apartado 10.1 del PCG ya prevé la apertura de los archivos que contienen las ofertas.

b) El acto impugnado se remite al informe técnico, y la propia recurrente admite que tuvo acceso a él el día 4 de julio. Este informe está suficientemente motivado.

c) Se alega que el acceso limitado a las ofertas del resto de licitadoras carece de entidad suficiente para anular la adjudicación a la vista de la fundamentación del propio recurso y porque el informe técnico es ya suficientemente expresivo del contenido de las ofertas, de tal modo que no se ha producido indefensión.

d) Con independencia de que se pueda discrepar de la valoración de las ofertas, no puede tacharse de arbitraria, pues se han analizado las ofertas y se han comparado sus términos con los criterios de adjudicación previamente establecidos en los pliegos respetando los límites de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador. En particular, se alega lo siguiente:

- En el criterio “Diseño del Pliego Técnico”, AON obtuvo 17 de 18 puntos posibles (2 más que MARSH), y su oferta fue penalizada porque no indica que sea necesario un estudio de las pólizas actuales.

- En el criterio “Plan de gestión” AON obtuvo 16 puntos frente a los 18 de MARSH, y el informe técnico lo justifica suficientemente.

- En el criterio “Asesoramiento a beneficiarios” AON consiguió la máxima puntuación posible.

- En el criterio “Aplicación informática”, el informe técnico expresa que la oferta de AON no contempla nada respecto a la elaboración de informes y facilidades de acceso, mientras que la oferta de MARSH se valora por razones expuestas en dicho informe.

- En cuanto a la “Presencia de mujeres en el equipo de trabajo” la valoración se justifica en que hay mucho mando intermedio y raso y poca responsable, lo que es una valoración razonable.

OCTAVO: <u>Alegaciones de la entidad adjudicadora</u>

La entidad adjudicadora se opone al recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

a) Como indica el propio recurso, la apertura se realizará en acto público salvo cuando se prevea que en la licitación pueden emplearse medios electrónicos, como es el caso. Por otro lado, no se ha infringido la regla de que la evaluación de los criterios cuantificables mediante fórmulas se produzca con posterioridad a dejar constancia documental de la puntuación de los criterios evaluables mediante juicios de valor, como se deduce del perfil del contratante.

b) AON tuvo vista del informe técnico que sustenta la adjudicación impugnada y a parte de las ofertas, siendo extraño que se alegue falta de información cuando el recurso es muy detallado en rebatir el informe técnico, que respeta los límites de la discrecionalidad técnica.

c) Por otro lado, la entidad adjudicadora alega lo siguiente:

- En el criterio "Diseño del PPT" se ha tenido en cuenta el análisis de lo asegurado hasta la fecha.
- En el criterio "Plan de gestión" se han tenido en cuenta diversos aspectos de la oferta de MARSH (informe anual de la previsión de primas, compromisos de gestión, etc.).
- En el "Asesoramiento a beneficiarios" AON ha obtenido la máxima puntuación posible, a pesar de los cual, afirma que existen aspectos de su oferta que no se le han valorado a ella y sí a otros licitadores.
- En el criterio "Herramienta informática", MARSH ha sido el único licitador que ha mencionado con detalle los accesos para Euskotren, lo que le ha supuesto la mejor puntuación.
- Respecto a la "Presencia de mujeres", se aplica una regla de tres, pero se penaliza a AON porque, en su caso, la mayoría de las mujeres no están en puestos de responsabilidad.

NOVENO: <u>Apreciaciones del OARC / KEAO</u>

En resumen, la reclamante alega que:

(i) no se le notificó el informe técnico que sustenta el acto impugnado.

(ii) no pudo acceder a una parte del contenido de las ofertas de los demás licitadores.

(iii) la apertura del sobre que contenía la documentación relativa a los criterios de adjudicación sujetos a evaluación mediante fórmula se produjo en acto privado y

(iv) la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor (criterios discrecionales) no está suficientemente motivada, excede de los límites de la discrecionalidad técnica y se ha producido de modo desigual entre los licitadores.

A la vista de lo anterior, de las alegaciones de los interesados y de la documentación que consta en el expediente, se expresan a continuación las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad del recurso.

a) Sobre la falta de notificación del informe técnico que sustenta la adjudicación

AON alega que la notificación de la adjudicación no se acompañó del informe técnico de valoración de las ofertas, por lo que no se satisfacen los requisitos de la motivación “in aliunde” recogidos en el artículo 88.6 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común (LPAC), que establece que la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de esta. Esta alegación no es aceptable. Como ya ha señalado anteriormente este Órgano, la falta motivación es un vicio formal, por lo que solo supone la invalidez del acto al que se refiere cuando conlleve indefensión o impida a dicho acto alcanzar su finalidad (ver el artículo 48.2 LPAC). Consecuentemente, la omisión de la notificación del informe técnico que soporta la adjudicación no supone la anulabilidad de la adjudicación cuando consta que el interesado ha podido acceder a él por otra vía (ver, por todas, la Resolución 17/2021 del OARC / KEAO). Ése es precisamente el caso analizado, como se deduce del propio contenido del recurso, que hace una amplia referencia a los contenidos de dicho informe, y de la documentación que obra en el expediente en la que consta un acta de fecha 4 de julio de 2024 suscrito por

Euskotren y representantes de la recurrente en la que se deja constancia de que se ha concedido el trámite de vista del Informe técnico de análisis de ofertas (documento 1).

b) Sobre la falta de acceso a las ofertas de los demás licitadores

AON señala que no ha podido acceder a una parte del contenido de las ofertas técnicas de otros licitadores. Sin embargo, no consta que haya solicitado a este Órgano la vista de dicha documentación en vía de recurso, como permite el artículo 52.3 LCSP. Por ello, la alegación es irrelevante y debe desestimarse.

c) Sobre la apertura del sobre relativo a los criterios automáticos

AON alega un vicio de invalidez porque el sobre con la documentación relativa a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor se ha abierto en acto privado, lo que contradice lo dispuesto en la cláusula 10 del PCG. Este motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

1) Los preceptos alegados por la reclamante para argumentar que el resultado de la evaluación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor debe hacerse pública en el acto público de apertura del resto de la documentación que integre la proposición (artículo 146.2 LCSP y artículo 30 del Reglamento de desarrollo parcial aprobado por el RD 817/2009) no son aplicables al caso. El contrato impugnado se rige por lo dispuesto en el RDL 3/2020, que no contiene regla alguna al respecto; es más, esta norma ni siquiera impone un sistema de valoración sucesiva o separada de los criterios de adjudicación discrecionales y de los de fórmula.

2) El apartado 10.1 del PCG (titulado “Apertura”), en lo que interesa al objeto de la impugnación, establece que “El sobre / archivo electrónico que contenga los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas y la oferta económica, se abrirá

por la Comisión Auxiliar, una vez establecidas las puntuaciones de los criterios sometidos a valoración". Por el contrario, no hay ninguna mención a que dicha apertura deba producirse precisamente en una sesión pública.

3) A la vista de lo expuesto en los apartados 1) y 2) anteriores, ni la normativa aplicable ni los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación obligan a celebrar una apertura de documentación en los términos reclamados por AON.

d) Sobre la aplicación de los criterios de adjudicación discrecionales

Por lo que se refiere a la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, se observa lo siguiente:

1) En relación con la discrecionalidad técnica que asiste al poder adjudicador para la selección de la mejor oferta, este Órgano ha señalado reiteradamente (ver, por todas, la Resolución 200/2024 del OARC / KEAO) que el órgano de contratación dispone de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, de manera que no es revisable por la vía del recurso especial todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto, debiendo en cambio verificarse el respeto a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica del poder adjudicador, que se refieren a la competencia del órgano, el procedimiento, los elementos reglados, los hechos determinantes, la adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho. Los citados límites impiden la fiscalización del llamado "núcleo material de la decisión" (el estricto juicio o dictamen técnico), pero no el de sus "aledaños", que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por

ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 117/2019 del OARC / KEAO).

2) Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la adjudicación para cumplir las funciones que la LCSP le encomienda, especialmente posibilitar a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP) y facilitar a este Órgano el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador, se ha pronunciado el OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 175/2024). En síntesis, la motivación debe expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás; una vez satisfechos estos requisitos, no hay obligación de que la motivación se ajuste a un esquema formal concreto.

3) A la vista de lo expresado en los apartados 1) y 2) anteriores, se considera que el informe técnico que fundamenta el acto impugnado satisface, en términos generales, los requisitos en ellos señalados. Especialmente, las diferencias de puntuación están suficientemente motivadas, debiendo descartarse arbitrariedad o infracción del principio de igualdad de trato (artículo 1.1 LCSP); en particular, debe señalarse lo siguiente:

   - Por lo que se refiere a la evaluación del criterio de adjudicación "Diseño del pliego técnico y de su estructura y demás documentación que debe regir los procedimientos de contratación de las pólizas de seguro, forma de asesoramiento en la valoración de ofertas", la reclamante obtiene 17 puntos sobre 18 posibles. La razón de que no obtenga dicha puntuación máxima (que sí obtuvo otro licitador que no es el adjudicatario) es que no indica que sea necesario un estudio sobre las pólizas actuales, lo que es

suficiente para descartar que se haya infringido el principio de igualdad de trato (artículo 1.1 LCSP).

- En el criterio de adjudicación relativo al "Plan de gestión para el desarrollo de las prestaciones posteriores a la formalización de las pólizas de seguros…" AON obtiene 16 puntos sobre 18 posibles, lo que se justifica porque "no indica las dedicaciones del equipo de trabajo".

- En el criterio de adjudicación "Asistencia técnica y / o asesoramiento en materia de riesgos a las personas beneficiarias de los contratos de seguros", AON obtiene la máxima puntuación (8 puntos).

- En el criterio que valora la "Aplicación informática", el informe técnico señala que en la oferta de la reclamante "No se comenta nada respecto a la elaboración de informes y facilidades de acceso"; AON indica que su oferta sí contiene una mención a "Informes de Siniestralidad, Informes periódicos de seguimiento, así como elaboración de estadísticas". A juicio de este Órgano, esta escueta mención no desmiente la apreciación del poder adjudicador, que parece reprochar a la proposición la falta de desarrollo (comentario) sobre el tema y no su omisión. En cualquier caso, la recurrente no detalla las cuestiones relativas al acceso a la aplicación, como los permisos a conceder, que ha sido uno de los aspectos de este criterio que ha determinado una mayor valoración de la oferta de la adjudicataria.

- En cuanto al criterio de adjudicación relativo a la "Presencia femenina en los equipos de trabajo asignados al contrato y grado de responsabilidad de estas", el informe deja claro que se ha penalizado que la oferta presentara muchas mujeres en mandos intermedios y "rasos" y pocas en puestos responsables. Es claro que esta opción es coherente con el fondo reglado del criterio de adjudicación, que no solo valora la presencia femenina en el equipo, sino también su grado de responsabilidad.

e) Conclusión

A la vista de las apreciaciones de este Órgano señaladas en las letras a) a e) anteriores, la reclamación debe desestimarse íntegramente.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en los artículos 120 del RDL 3/2020, 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:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar la reclamación en materia de contratación interpuesta por la empresa AON IBERIA CORREDURÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A contra la adjudicación del contrato "Servicios de mediación, asistencia técnica y asesoramiento en la contratación de los seguros privados de la Sociedad Pública Eusko Trenbideak-Ferrocarriles Vascos, S.A., Sociedad Unipersonal" (lote III), tramitado por Euskotrenbideak – Ferrocarriles Vascos, S.A.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación

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

Vitoria-Gasteiz, 2024ko abenduaren 12a

Vitoria-Gasteiz, 12 de diciembre de 2024