



EB 2021/069

Resolución 111/2021, de 2 de julio, 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 GIROA, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento con garantía y gestión energética”, tramitado por BILBAO KIROLAK, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 22 de abril de 2021 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 la empresa GIROA, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento con garantía y gestión energética”, tramitado por BILBAO KIROLAK, S.A.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el día 23 de abril, se recibieron, los días 7 y 17 de mayo, en este OARC / KEAO, una 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).

TERCERO: Remitido el recurso a los interesados con fecha 7 de mayo, el 14 de mayo se recibieron las alegaciones de la UTE FERROVIAL SERVICIOS – ELECTRIFICACIONES RADIMER – IBERDROLA CLIENTES, adjudicataria impugnada (en adelante, “la UTE”).



Nahi izanez gero, J0D0Z-T2X8P-KZEY 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-T2X8P-KZEY en la sede electrónica <https://euskadi.eus/localizador>



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.I.D. 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, BILBAO KIROLAK tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones de la recurrente

El recurso se basa en los argumentos que se resumen a continuación:



a) La recurrente solicitó al poder adjudicador el acceso al expediente previamente a la interposición del recurso; la solicitud comprendía “todos los documentos que no hayan sido declarados confidenciales, indicando en este último caso cuáles tienen tal condición y las razones para considerarlos como tales”: El poder adjudicador permitió el acceso a tan solo una parte de la oferta (aproximadamente el 7% de ella), sin ninguna justificación de tal limitación, que GIROA entiende arbitraria y creadora de indefensión. En concreto, el recurrente estima que le es necesario acceder a la documentación técnica del adjudicatario sobre “Inversiones voluntarias” para determinar si la cifra de emisiones de CO2 indicadas en el informe técnico que sustenta la valoración de los criterios lo son para un año o para toda la vida del contrato y a la relativa al punto “B.8 Inversiones Bilbao Kirolak. Prestación P4”.

b) Se alegan varias irregularidades del informe técnico que sustenta la evaluación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor:

- Las puntuaciones atribuidas no reflejan la variabilidad de las ofertas, pues otorgan a todas ellas la máxima puntuación del tramo de calificación en el que se encuentran (insuficiente – suficiente – buena – destacable), cuando los pliegos permiten graduar dicha puntuación. El recurrente estima que ello supone que la evaluación se ha producido tras un proceso contrario a la lógica, pues se ha decidido primero el tramo de calificación en el que se incluye la proposición y luego se ha otorgado sin más la máxima puntuación de dicho tramo.
- El informe técnico realiza una valoración arbitraria e incongruente de las ofertas, dándose la circunstancia de que la descripción de las proposiciones no encaja con los criterios.

c) Finalmente, se solicita (i) la invalidez de la denegación de vista del expediente y la concesión de dicho acceso para poder ampliar el recurso y, subsidiariamente, (ii) la nulidad de la adjudicación con la consiguiente anulación de la adjudicación por estar basada en un informe de valoración totalmente irregular.



SÉPTIMO: Alegaciones de la UTE

La adjudicataria impugnada se opone al recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

a) Por lo que se refiere a la petición de acceso al expediente en vía de recurso, se alega que la solicitud incluye documentos que el recurrente ha incluido en la parte confidencial de su propia oferta, lo que es contrario a sus propios actos y a la buena fe, y que no hay indefensión porque ya se ha accedido a la parte no confidencial de la proposición y el acto impugnado está suficientemente motivado como para permitir la interposición de un recurso fundado.

b) La UTE niega que el informe técnico de valoración de las ofertas sea incongruente, argumentando que el informe analiza las proposiciones siguiendo las prescripciones de los pliegos, describe lo aportado por cada licitador, expone razonadamente los motivos por los que entiende que la oferta es insuficiente, suficiente, buena o destacable y asigna la correspondiente puntuación sin modificar las bases de la licitación. Por el contrario, el recurrente pretende sustituir la valoración del poder adjudicador, amparada por la discrecionalidad técnica, por la suya propia. Asimismo, se alega que, en cualquier caso, la estimación del recurso no podría concluir en la anulación de todo el procedimiento de adjudicación.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

BILBAO KIROLAK se opone a la impugnación con los siguientes argumentos:

a) El poder adjudicador alega que la recurrente ha declarado confidenciales, sin excepción, los mismos apartados a los que pretende acceder, lo que es contrario a la buena fe y a la doctrina de los propios actos y, además, confirma la razonabilidad de la declaración de confidencialidad de la UTE.

b) El recurrente quiere que el poder adjudicador atribuya las puntuaciones desglosando las puntuaciones de modo que se diferencie más entre las



proposiciones, cuando no hay norma que lo exija, y la opción tomada ha permitido evitar la subjetividad excesiva de la evaluación; se alega que el empate producido en la aplicación de los criterios no procede de que haya habido empate en todos ellos.

c) El acto impugnado está amparado por la discrecionalidad técnica que asiste al poder adjudicador.

d) Se alega que, en todo caso, la estimación del recurso no debiera conllevar la nulidad de todo el procedimiento.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de la viabilidad de la pretensión debe partir del contenido de los pliegos, que rigen el procedimiento y vinculan al poder adjudicador y a los licitadores por no haber sido impugnados en tiempo y forma:

CARÁTULA DEL PLIEGO DE CLAÚSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

25) CRITERIOS NO CUANTIFICABLES POR FÓRMULA

CRITERIOS NO CUANTIFICABLES POR FÓRMULA.....40% (40 puntos).

La puntuación en cada criterio se asignará según el siguiente baremo:

- Oferta Insuficiente: se considerará así cuando el desarrollo y alcance de la propuesta sea insuficiente o incoherente. Hasta 25% de la puntuación máxima del criterio.
- Oferta Suficiente: se considerará así cuando el desarrollo y alcance de la propuesta sea pobre o inexistente en sus aspectos esenciales. Hasta 50% de la puntuación máxima del criterio.
- Oferta Buena: se considerará así cuando el desarrollo y alcance de la propuesta sea adecuado y siempre desarrollados o poco desarrollados no tengan consideración de esenciales, y no pongan en riesgo llevar a cabo el contrato. Hasta 75% de la puntuación máxima del criterio.
- Oferta Destacable: se considerará así cuando el desarrollo y alcance de la propuesta sea completa y exhaustiva, totalmente adecuada y la mejor para los fines del contrato. Hasta 100% de la puntuación máxima del criterio.

A la vista de lo anterior y de la documentación que consta en el expediente, a continuación se recogen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre los motivos de la impugnación. Dado que su estimación supondría la concesión de un plazo adicional para completar el recurso, debe considerarse en primer lugar la solicitud de acceso al expediente.



a) Sobre la petición de acceso al expediente

La recurrente reitera la solicitud de acceso planteada al poder adjudicador con referencia a dos cuestiones; por un lado, para el apartado “Punto B.6 Inversiones voluntarias. Prestación P6”, se precisa “confirmación de si las emisiones señaladas en el informe de valoración (568,27 Tn CO2) lo son para toda la duración del contrato o con carácter anual”, y por otro, se requiere el acceso a la documentación relativa al “Punto B.8 Inversiones Bilbao Kirolak. Prestación P4”.

Como viene señalando este Órgano (ver, por todas, su Resolución 26/2021), la solicitud de acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial se regula en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que ya figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPE). La finalidad que persigue este procedimiento es evitar la indefensión de la recurrente, de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación no sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, por ejemplo, la Resolución 436/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Para sustentar su decisión sobre la solicitud, este OARC/KEAO ha de estar a lo alegado por la recurrente y por el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (especialmente, la solicitud de acceso inicial al órgano de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano resolutorio) y a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los intereses comerciales legítimos o de los datos de carácter personal. Debe recordarse en todo caso que, tal y como se dijo en la Resolución 248/2015 del TACRC, el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela efectiva; por lo tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso se solicita sean necesarios para la articulación de



dicha defensa tiene sentido el ejercicio de este derecho. Consecuentemente, con independencia del juicio que pueda merecer la denegación decidida por el poder adjudicador en cuanto a su adecuación a la LCSP, solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado y, en concreto, cuando le impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC / KEAO) de modo que si, por ejemplo, la resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP o el interesado accedió por otra vía a la información necesaria no puede alegarse dicha indefensión. Por otro lado, el derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras no es un derecho absoluto, sino que debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora (ver, por ejemplo, la Resolución 329/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía). Finalmente, este Órgano ha venido señalando que es contrario a la buena fe que un licitador solicite el acceso a aspectos de la documentación presentada por un competidor cuando él mismo ha declarado confidencial los mismos aspectos en referencia a su propia proposición (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 130/2015, 72/2018, 57 y 134/2019 y 30/2021).

Aplicado lo anterior al caso analizado, se estima que no procede el acceso requerido por los motivos que se exponen a continuación:

- 1) El recurrente ha establecido, para su propia oferta, la confidencialidad de los apartados que contienen la misma información a la que pretende acceder, lo que constituye una actuación del recurrente contraria a sus propios actos y a la buena fe, como ya se indicado anteriormente.
- 2) La motivación del acto impugnado ha sido suficiente para la interposición de un recurso fundado. La escueta mención del recurso a la necesidad de conocer para un concreto criterio de adjudicación si las emisiones de CO2



son anuales o para toda la duración del contrato no bastan para desmentir esta suficiencia. En realidad, esta mención se refiere, en todo caso, a un aspecto del ejercicio de la discrecionalidad por el poder adjudicador a la hora de aplicar los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, cuestión que el recurso ya ha puesto en tela de juicio y que este Órgano puede comprobar directamente.

b) Sobre la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor

En síntesis, el recurrente considera incorrecta la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor porque (i) no se ha seguido el método de valoración de las proposiciones establecido en los pliegos y porque (ii) no se han respetado los límites del ejercicio de la discrecionalidad técnica.

Siguiendo la jurisprudencia europea en la materia, este Órgano ha señalado que no es obligatorio que los pliegos que rigen la licitación establezcan el método que vaya a emplearse para la valoración de las ofertas (ver, por todas, su Resolución 11/2019, así como la STJUE de 14/7/2016, C-6/15, ECLI:EU:C:2016:555). No obstante, en el caso de que el poder adjudicador opte por fijar dicho método, su cumplimiento es parte del fondo reglado que limita la discrecionalidad técnica que le ampara para evaluar las ofertas, siendo su contenido vinculante para el órgano de contratación y para los licitadores, como es propio de las cláusulas de los pliegos que han alcanzado firmeza por no haber sido impugnadas en tiempo y forma. Partiendo de estas consideraciones, el argumento de que no se ha respetado el método de valoración previsto en los pliegos debe aceptarse por los siguientes motivos:

- 1) Los pliegos incluyen un “baremo” que, para cada uno de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, clasifica las proposiciones en cuatro categorías, descritas por referencia a su “desarrollo y alcance” (desde “Oferta insuficiente”, la valoración más baja, hasta “Oferta destacable”, la valoración más alta). Especialmente significativo a los efectos de la presente Resolución es que la puntuación que cabe otorgar a las ofertas,



en razón de la categoría en la que se incluyen, se limita “hasta” un cierto porcentaje de la puntuación máxima del criterio.

- 2) Lo anterior supone que no hay una correlación unívoca y automática entre la inclusión de una oferta en una categoría y la atribución de una cantidad concreta de puntos. Por el contrario, la citada cantidad concreta de puntos debe asignarse después de evaluar las proposiciones; dicha evaluación debe realizarse ejerciendo la discrecionalidad técnica que ampara en esta tarea al poder adjudicador y respetando sus límites (ver, entre muchas, la Resolución 92/2021 del OARC / KEAO), uno de los cuales es precisamente que se siga el método de valoración que figura en los pliegos, que establece una horquilla de puntuación para cada categoría.
- 3) En particular, debe recordarse que la evaluación de los criterios de adjudicación requiere comparación entre ofertas, lo que los diferencia de, por ejemplo, los criterios de solvencia, que actúan como requisitos de admisión previa mediante la comparación de cada proposición con un umbral mínimo predeterminado, o de la verificación del cumplimiento de las prescripciones técnicas, que no pide la comparación entre las proposiciones sino únicamente del contraste con el correspondiente pliego. Consecuentemente, no cabe atribuir las puntuaciones sin que previamente se haya efectuado dicha comparación (ver, por todas, la Resolución 119/2019 del OARC / KEAO y las que en ella se citan).
- 4) Aunque la comparación es un elemento esencial de la aplicación de los criterios de adjudicación, el hecho de que algunas o todas las proposiciones presentadas obtengan la misma puntuación en algunos criterios no significa necesariamente que no haya existido comparación entre ellas (ver la Resolución 117/2019 del OARC / KEAO). En este sentido, en la Resolución 39/2021 del OARC / KEAO se señalaba que es posible que, a pesar de que las ofertas no sean iguales, el poder adjudicador no identifique en ellas ningún aspecto significativo que las haga más o menos ventajosas que las diferencie para atribuirles



puntuaciones diferentes; no obstante, esta consideración debe ajustarse a los ya reiterados límites de la discrecionalidad técnica y producirse después del correspondiente proceso de valoración.

- 5) A juicio de este Órgano, el caso analizado no obedece a un supuesto como el descrito en el apartado 4) anterior. Como expresamente señala el propio poder adjudicador en su informe de contestación al recurso, la atribución de idéntica puntuación a todas las ofertas incluidas en la misma categoría no se ha producido después de un proceso de comparación, sino que se trata de una decisión preconcebida, motivada por el deseo de evitar una “excesiva subjetividad” en la evaluación. Esta decisión es contraria a lo previsto en los pliegos, que establecen un método de valoración que, como ya se ha dicho, limita el margen de apreciación del poder adjudicador para atribuir las puntuaciones pero no lo anula, ni desde luego elimina la obligación de comparar las proposiciones y de reflejar las consecuencias de dicha comparación en la puntuación final.

c) Conclusión

La aceptación del motivo de recurso basado en la incorrecta aplicación del método de valoración de las ofertas conlleva la estimación del recurso y la anulación del acto impugnado. Asimismo, implica la cancelación del procedimiento de adjudicación por no ser ya posible una retroacción de actuaciones que respete la valoración separada de los criterios sujetos a juicio de valor y de los sujetos a evaluación mediante fórmulas (ver, por ejemplo, la Resolución 67/2021 del OARC / KEAO); dicha cancelación es, por otro parte, congruente con la petición del recurso. Habida cuenta de dicha cancelación, no es necesario examinar las demás alegaciones contra la evaluación de los criterios, pues en ningún caso se alteraría este efecto de la Resolución. Debe señalarse que, en el caso de que el poder adjudicador opte por iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación, puede emplear, si lo estima oportuno, los mismos pliegos, pues no han recibido ninguna tacha de legalidad.



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 pública interpuesto por la empresa GIROA, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento con garantía y gestión energética”, tramitado por BILBAO KIROLAK.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 dé cuenta 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 uztailaren 2a

Vitoria-Gasteiz, 2 de julio de 2021