



EB 2022/106

Resolución 149/2022, de 11 de octubre, 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 KPMG Abogados, S.L.P. frente a la adjudicación del contrato de “Servicios de asesoramiento jurídico”, tramitado por el Bilbao Exhibition Centre (BEC).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 16 de junio de 2022 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 la mercantil KPMG Abogados, S.L.P. (en adelante, KPMG) frente a la adjudicación del contrato de “Servicios de asesoramiento jurídico”, tramitado por el Bilbao Exhibition Centre (BEC).

SEGUNDO: El día 17 del mismo mes 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 Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió entre los días 21 y 28 de junio.

TERCERO: Con fecha 23 de junio se trasladó el recurso a los interesados en el procedimiento, recibéndose el 30 del mismo mes las alegaciones de LKS, S. Coop. (en adelante, LKS), adjudicataria impugnada.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de I.G.J. 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 Exhibition Centre S.A. tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

a) En el criterio de valoración “Capacidad de aportar los servicios a nivel internacional” KPMG ha obtenido 7,5 puntos sobre los 10 posibles. A juicio de la recurrente, este aspecto de la oferta ha sido incorrectamente valorado, pues (i) la oferta detallaba la dilatada experiencia de la firma en asesoramiento internacional, así como su presencia a nivel mundial; (ii) KPMG ha sufrido un agravio comparativo por la puntuación obtenida en este criterio si se compara con la otorgada a otras licitadoras con una implantación y experiencias internacionales muy similares o idénticas; (iii) en efecto, 5 de las licitadoras han obtenido en este apartado la máxima puntuación (10 puntos) con una motivación de la misma prácticamente igual o muy similar a la referida para KPMG y, sin embargo, la puntuación de esta es menor (7,5 puntos); (iv) en este mismo sentido, resulta sorprendente que 3 de las firmas que junto con KPMG forman parte de las conocidas como “Big 4” hayan obtenido los 10 puntos y la recurrente 7,5, asimilándose esta puntuación a la de otras ofertas con una clara y manifiesta menor experiencia y número de oficinas internacionales.

b) En consecuencia, se solicita la anulación del acto recurrido y la retroacción de las actuaciones para una valoración de la oferta de la recurrente de conformidad a lo expuesto en el escrito de recurso.

SÉPTIMO: Alegaciones de LKS

La adjudicataria impugnada se opone a la estimación del recurso, en síntesis, por lo siguiente:

a) Como cuestión previa, LKS considera que la primera denegación del OARC/KEAO a la solicitud de vista del expediente y de la oferta de la recurrente y la posterior no contestación a la misma solicitud han situado a LKS en una posición de indefensión que contraviene el derecho a un proceso con las debidas garantías.

b) El órgano de contratación ha entendido que la oferta de KPMG no es merecedora de una mayor puntuación que la ya asignada. En este sentido, la alegante considera que la mayor implantación a nivel internacional no es

significativa de la mayor capacidad en el ámbito del derecho internacional del equipo de trabajo propuesto, ni que el hecho de contar con una red de oficinas a nivel mundial suponga un elemento diferenciador respecto al resto de licitadoras. Por otro lado, en el pliego y a la hora de la valoración del criterio, no se exigía un número determinado de experiencias o un nivel determinado de presencia internacional.

c) Del expediente de contratación no se desprende que ni el informe de valoración ni el acuerdo de adjudicación del contrato hayan incurrido en arbitrariedad ni en error en la valoración. En todo caso, hay que tener en cuenta que esa hipotética arbitrariedad también afectaría a la valoración de LKS, de forma que una revisión de la valoración de la propuesta de KPMG tendría como consecuencia asociada a ella la revisión simultánea de la valoración recibida por LKS.

d) Debe señalarse la validez del informe técnico de valoración que goza de una presunción de acierto y veracidad que debe ser desvirtuada. Tampoco ha de confundirse arbitrariedad con discrecionalidad técnica cuando existe, como es el caso, una mínima motivación que permite colegir la adecuación de la resolución a la normativa de aplicación y las bases reguladoras de la licitación.

e) La aceptación por el órgano de contratación de los argumentos del recurso no vincula al órgano resolutorio.

f) La existencia de un error en la valoración técnica se tiene que desprender de forma indubitada del expediente, ya sea un error material o un error aritmético, requisito que no se da en el presente caso.

g) La consecuencia de una hipotética estimación del recurso, y dado que el OARC/KEAO no puede suplantar la facultad de valoración de las ofertas, sería la de la anulación del acto de adjudicación y del propio procedimiento de licitación, pues no cabría la retroacción de las actuaciones al estar abiertos los sobres, lo que impediría realizar la valoración separada exigida por la normativa contractual.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador, una vez revisado el informe técnico como consecuencia de la presentación del recurso, reconoce la existencia de una errata en la transcripción de la puntuación, por lo que procede que se le otorguen los 10 puntos solicitados y, por tanto, se estime el recurso.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurso se fundamenta en el supuesto error cometido en el informe de valoración técnico a la hora de evaluar la propuesta de KPMG en el criterio discrecional Capacidad de aportar los servicios a nivel internacional. A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre todo ello.

a) Sobre la aceptación por el poder adjudicador de la viabilidad del recurso

Deben analizarse, en primer lugar, las consecuencias de la alegación del poder adjudicador, ya que reconoce la del recurrente. Ello no significa un allanamiento que obligue a este Órgano a declarar concluso el procedimiento por la aceptación por el poder adjudicador de la pretensión del recurso (ver, por ejemplo, el artículo 75 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso – administrativa, LJCA), ya que no constan los requisitos de esta figura (órgano competente, procedimiento, etc.). Por otro lado, incluso en el caso de que el poder adjudicador pretendiera efectivamente un allanamiento, el procedimiento continuaría a la vista de la oposición del adjudicatario impugnado (ver, por analogía, el artículo 75.3 de la LJCA y la Resolución 62/2020 del OARC / KEAO). Consecuentemente, deben considerarse los argumentos del informe del BEC como una alegación más de las que deben tenerse en cuenta por el OARC / KEAO para la resolución de la impugnación.

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

KPMG impugna la valoración por ella obtenida en el informe técnico en un concreto criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor por considerar que se ha

infringido el principio de igualdad. A este respecto, es relevante la siguiente información, que consta en el expediente:

Cláusula 18 de la Carátula del PCAP:

Criterios evaluables mediante juicio de valor: hasta 70 puntos

(...)

• Capacidad de aportar los servicios a nivel internacional: 10 puntos

-Experiencia en asesoramiento legal internacional en las distintas ramas del derecho que BEC requiera en sus relaciones con terceros.

Por otro lado, y en lo que al objeto del presente recurso se refiere, el informe técnico señala las puntuaciones asignadas y la motivación de las mismas de la siguiente forma:

Experiencia en asesoramiento legal internacional en las distintas ramas del derecho que BEC requiera en sus relaciones con terceros.			
7,5	10	7,5	10
Oficinas Bruselas Lisboa Londres y NY	EY Global: 150 jurisdicciones	Oficinas 154 países	Presencia en más de 150 países
Experiencias concretas	Experiencias concretas	Banque trade and invest	Experiencias concretas
		Otras experiencias concretas	Reconocimientos internacionales

Capacidad de aportar los servicios a nivel internacional: 10 puntos			
Experiencia en asesoramiento legal internacional en las distintas ramas del derecho que BEC requiera en sus relaciones con terceros.			
10	10	10	7,5
Oficinas España Portugal Londres y Bruselas	Presencia en 156 países	Oficinas España Portugal Londres y Bruselas	Áreas actuación en el ámbito internacional
Nueva York y Sudamérica	Reconocimientos	Nueva York y Sudamérica	
Best friend group: líderes en sus países	Experiencias concretas	Best friend group: líderes en sus países	Acuerdos despacho (BNC)
Flota exclusiva en España de Les Murell		Flota exclusiva en España de Les Murell	

A juicio de este Órgano, el motivo impugnatorio ha de ser estimado por las siguientes razones:

- 1) El artículo 145.5 de la LCSP contiene el mandato de que los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se deberán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberán figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación. Este mandato tiene por finalidad el permitir que se verifique su respeto durante el procedimiento de adjudicación y garantizar la imparcialidad de la decisión de adjudicación del contrato. En el supuesto que nos ocupa la base reglada del criterio de adjudicación (experiencia en asesoramiento legal internacional) no ha sido aplicada de igual forma a todas las ofertas. En efecto, se observa que de la oferta de la recurrente se destacan una serie de fortalezas que son prácticamente idénticas a las de otras licitadoras que han obtenido la máxima puntuación

posible (10 puntos) y, sin embargo, KPMG ha obtenido 7,5 puntos, debiéndose recordar, al efecto, que el principio de igualdad de trato y no discriminación implica que no pueden recibir desigual puntuación ofertas descritas igualmente.

- 2) Por otro lado, es doctrina reiterada (por todas, ver la Resolución 051/2014) que este Órgano no puede sustituir al poder adjudicador en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicios de carácter técnico, tarea en la que dispone del margen de apreciación que le concede la discrecionalidad técnica, cuyo ejercicio puede llevar a varios resultados distintos, todos ellos legítimos. Este margen está fuera del control jurídico del OARC / KEAO, siempre que exista motivación suficiente y se ejerza dentro de los cauces que lo limitan (en especial, que el uso no sea arbitrario, el respeto al fondo parcialmente reglado fijado por los Pliegos y al procedimiento aplicable y la adecuación a los principios generales, sobre todo igualdad de trato y no discriminación). Excepcionalmente, este OARC/KEAO (ver, las Resoluciones 68/2014 y 65/2017) ha matizado esa inmunidad al control de legalidad cuando a la vista de la motivación precisa de las reglas de valoración utilizadas, y una vez eliminado el elemento antijurídico (por ejemplo, un error en la base fáctica de la evaluación), la discrecionalidad técnica es tan reducida que no queda ya margen de elección alguno, de forma que el OARC/KEAO podría decidir de forma unívoca la puntuación a otorgar. Sin embargo, este hecho no se produce en el presente supuesto, pues el informe técnico no explicita el método de valoración aplicado, ni es suficientemente detallado en el desglose de las puntuaciones otorgadas y su relación con el contenido de la oferta, de modo que este Órgano no puede deducir inequívocamente qué puntuación corresponde a la recurrente.

c) Conclusiones

Como consecuencia de lo anterior, y una vez constatado que se ha aplicado incorrectamente el criterio de adjudicación referido el acto impugnado debe ser anulado. Esta circunstancia, aceptada por el propio poder adjudicador en el

escrito de contestación al recurso, conllevaría, en principio, la retroacción de actuaciones para efectuar una nueva aplicación de los criterios de adjudicación, pero tal cosa no es posible porque ya no puede tramitarse dicha evaluación en fases separadas, como pide el artículo 146.2 de la LCSP, por lo que procede la cancelación de la licitación. Este efecto de la disposición no agrava la situación inicial del recurrente (artículo 119.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), que mejora su situación al pasar de ser un licitador no adjudicatario a poder presentar una proposición en una previsible nueva licitación, y tampoco infringe el principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) porque, a pesar de que el recurso no solicita la cancelación, ésta viene impuesta por la estructura con la que la LCSP ha configurado el procedimiento de adjudicación, que impide la efectividad de la retroacción (ver, por ejemplo, la Resolución 117/2019 del OARC / KEAO).

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:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil KPMG Abogados, S.L.P. frente a la adjudicación del contrato de “Servicios de asesoramiento jurídico”, tramitado por el Bilbao Exhibition Centre (BEC), anulando el acto impugnado y cancelándose la licitación.

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

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

CUARTO: De acuerdo con 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, 2022ko urriaren 11

Vitoria-Gasteiz, 11 de octubre de 2022