



EB 2021/218

Resolución 036/2022, de 21 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 la reclamación en materia de contratación interpuesto por la mercantil SEGURMA, S.A. contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Suministro, instalación e integración de equipos de seguridad para la renovación y mejora de los sistemas de videovigilancia y anti intrusión de Euskotren”, tramitado por la sociedad pública EUSKO TRENBIDEAK – FERROCARRILES VASCOS. S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 3 de diciembre 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 mercantil SEGURMA, S.A. (en adelante, SEGURMA) contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Suministro, instalación e integración de equipos de seguridad para la renovación y mejora de los sistemas de videovigilancia y anti intrusión de Euskotren”, tramitado por la sociedad pública EUSKO TRENBIDEAK – FERROCARRILES VASCOS. S.A.

SEGUNDO: El mismo día 3 se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron 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 13 del mismo mes.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 21 de diciembre, se han recibido el día 28 las alegaciones de INTEGRAL DE VIGILANCIA Y CONTROL, S.A. (INVICO).

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.L.M.U. 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 suministro cuyo valor estimado superen los 100.000 euros. En el presente caso, el valor estimado del contrato es de 309.000 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.»



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, EUSKOTREN es un poder adjudicador, aunque no Administración Pública, según el artículo 3 de la LCSP. Por ello y teniendo en cuenta el valor estimado, el presente contrato está sujeto en cuanto a su régimen jurídico a la LCSP (Disposición adicional quinta 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 relación con la Disposición adicional octava de la LCSP).

SEXTO: Motivos del recurso

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

- a) La introducción del contenido relativo a los criterios sujetos a formulas en el archivo de los criterios evaluables mediante juicio de valor ha sido un error involuntario en el orden de presentación de los archivos al momento de subirlos a la plataforma de contratación.
- b) Dicho error debe ser considerado como subsanable, pues los propios pliegos establecen que se podrá conceder un plazo de tres días para subsanar los errores materiales o de hecho observados en la documentación presentada. Dicha subsanación no supondría ni una modificación de la oferta económica ni de la propuesta técnica, además de no afectar negativamente a terceros.
- c) Finalmente, solicita que se retrotraigan las actuaciones para una nueva valoración de la oferta presentada.



SÉPTIMO: Alegaciones de INVICO

La alegante se opone a la estimación del recurso, en síntesis, porque la exclusión de SEGURMA deviene necesaria por contravenir la forma de presentación y revelar el secreto de la oferta. En efecto, el error, reconocido por la propia recurrente, es totalmente imputable al licitador y no es subsanable por lo que su exclusión de la licitación es ajustada a derecho. Además, y siendo tan evidente la consecuencia de su proceder, el recurso debe ser considerado temerario e imponerse una multa por importe de 30.000 € en aplicación del artículo 58 de la LCSP.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador entiende que debe desestimarse el recurso por las siguientes razones:

- a) Los pliegos de la presente licitación no enumeran los sobres/archivos en cuanto a su orden de presentación, más allá de señalarlos con su nombre y contenido que debe incluirse. Por tanto, el error cometido por la recurrente solo cabe achacársele a su negligente actuación.
- b) Ante la alegación de que la exclusión no es obligatoria sino potestativa, debe señalarse que los propios pliegos únicamente permiten la subsanación de los errores materiales o de hecho, pero en ningún caso cuando la recurrente ha incluido todo el contenido del archivo de los criterios sujetos a formulas en el archivo relativo a los juicios de valor, pues supondría vulnerar el principio de igualdad y el de transparencia.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación, que por no haber sido impugnados en tiempo y forma vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación:



PCAP

9.1. Oferta: presentación.

La presentación de ofertas y solicitudes de participación se realizará utilizando medios electrónicos

(...)

ARCHIVO ELECTRÓNICO –Oferta económica y Criterios evaluables mediante aplicación de formulas

- Oferta económica, y demás criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas en los términos y con las especificaciones que figuran en el Pliego de Prescripciones Técnicas y en la carátula del presente pliego Dicha oferta incluirá la totalidad de gastos, beneficios e impuestos de la operación, sean estos de la clase o naturaleza que fuere, excepción hecha del I.V.A. que queda fuera de la misma

ARCHIVO ELECTRÓNICO – Oferta técnica y Criterios evaluables mediante juicio de valor.

- Oferta Técnica, documentación Técnica y criterios evaluables mediante juicios de valor, en los términos y alcance definidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas y en la Carátula del presente Pliego.

III. ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

10.-ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

10.1 APERTURA

Una vez concluido el plazo de presentación de ofertas, la persona designada por la Dirección económico-financiera, junto con un representante de la Dirección peticionaria, y un representante del Área Jurídica (Comisión Auxiliar) abrirá los sobres/ archivos electrónicos – “Documentación administrativa: generales y de acreditación de la capacidad y solvencia requeridas para contratar” y “Oferta técnica y Criterios evaluables mediante juicio de valor” recibidos dentro de plazo y comprobará y calificará la documentación exigida. El sobre / archivo electrónico que contenga la oferta técnica y los criterios sometidos a juicio de valor será remitido a la Dirección peticionaria para la redacción del informe correspondiente.

Los archivos electrónicos referentes a la documentación administrativa se custodiarán en el departamento/área económico-financiera para la formalización del contrato.

En contrataciones de importe superior a 15.000 euros, IVA excluido, el sobre/archivo electrónico que contenga la oferta económica y criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas, se abrirá por la Comisión Auxiliar, , una vez sean públicas las puntuaciones de las ofertas valorables conforme a criterios cuya ponderación dependen de un juicio de valor.

Los sobres/archivos electrónicos se abrirán por su orden y se examinará el contenido de los mismos.



Los documentos presentados por las empresas licitadoras en cada archivo electrónico serán previamente examinados y calificados, de manera que la no presentación de algún documento de entre los exigidos en cada momento o la presentación de estos en forma distinta a la requerida, dará lugar a la no admisión definitiva de la oferta. No obstante, lo anterior, se podrá conceder un plazo de tres días para que la empresa licitadora subsane los defectos materiales o de hecho observados en la documentación presentada. (...)

La exclusión impugnada se basa en que la recurrente ha incluido en el Archivo/Sobre relativo a la oferta técnica y criterios evaluables mediante juicio de valor la oferta económica, la cual debía incluirse en el archivo de los criterios sujetos a fórmulas, infringiendo el artículo 146.2 de la LCSP.

a) Sobre el conocimiento a destiempo de información evaluable de forma automática

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 197/2019) que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio 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 el juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce 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 también 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. 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). Siguiendo este criterio, 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) o que tiene una conexión lejana con el criterio de adjudicación de evaluación automática (ver, en este sentido las Resoluciones 100/2013 y 32/2018) o la información que es dispersa, parcial y genérica (ver la Resolución 125/2019) o cuando la información aportada es irrelevante (ver la Resolución 157/2018) o si ha sido provocada o inducida por una redacción oscura de la documentación contractual contraria al principio de transparencia (ver la Resolución 124/2019).

a 2) Sobre la documentación presentada por la recurrente y la relevancia de la infracción de la valoración separada.

A la vista de la doctrina expuesta en la letra a) anterior y del contenido (no discutido) del sobre relativo a la oferta técnica y criterios evaluables mediante juicio de valor presentado por la recurrente, el motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) El proceso de presentación telemática de la oferta, más allá del medio tecnológico empleado, no difiere de la presentación por cualquier otro medio. A partir de este hecho, la correcta presentación telemática de la proposición incumbe única y exclusivamente al licitador, por lo que solo este es el responsable de la confección negligente de su proposición (ver,



por todas, la Resolución 78/2020 del OARC / KEAO y la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191).

- 2) El PCAP, en concreto en su cláusula 9, es claro y preciso al detallar la documentación que debe incluirse en cada archivo/sobre, y sin necesidad de interpretación alguna se concluye que la información relativa a la oferta económica debe incluirse en el archivo/sobre Oferta económica y Criterios evaluables mediante aplicación de formulas. Por otro lado, tampoco hay duda sobre que la documentación incluida por la recurrente en el archivo relativo a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor contiene datos concernientes al criterio automático citado, revelando así anticipadamente aspectos de la proposición que debieran haber permanecido secretos, e impidiendo la valoración separada y sucesiva que, como garantía de la objetividad de la valoración, establecen el artículo 146.2 de la LCSP y la cláusula 10 del PCAP.
- 3) No puede aceptarse la alegación de SEGURMA respecto de la posibilidad de aclaración o subsanación de su oferta, pues tal y como señaló este OARC/KEAO en sus Resoluciones 174/2019, no es aceptable que el licitador reclame a la Administración la concesión de una posibilidad de subsanación o aclaración para compensar una deficiente elaboración de la oferta de la que solo él es responsable (ver, por ejemplo, la Resolución 184/2018 del OARC / KEAO y la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191). Debe tenerse en cuenta, por último, que el criterio anti formalista en aras a promover la máxima concurrencia en las licitaciones invocado por la recurrente, se entiende respecto de la posibilidad de subsanación de los defectos de las proposiciones presentadas por los licitadores, pero solo cuando se trate de defectos puramente formales, esto es, de errores u omisiones en aspectos no esenciales de la oferta, que puedan ser susceptibles de ser corregidos, sin que dicha corrección o subsanación implique una modificación de la oferta.
- 4) Sentado todo lo anterior, y una vez abierto por el poder adjudicador el archivo relativo a los criterios subjetivos, el conocimiento prematuro de la



información que en el mismo se contiene es relevante porque se manifiesta como oferta contractual y supone una infracción material (el daño a la valoración separada ya se ha producido) y no puramente formal, pues permite anticipar el resultado de la aplicación de un criterio sujeto a apreciación mediante fórmula. Esta infracción es únicamente imputable a la falta de diligencia de la recurrente a la hora de elaborar su proposición y su inevitable consecuencia es la exclusión de la oferta, sin que quepa entender, como invoca la recurrente, que dicho efecto pueda ser obviado por el poder adjudicador, por mucha involuntariedad que pueda observar en el error cometido.

b) Sobre la temeridad o mala fe en la interposición del recurso

La adjudicataria solicita la imposición de una multa de 30.000 euros a la recurrente. Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 102/2018) que el artículo 58.2 de la LCSP requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015) o en ausencia de controversia jurídica (Resolución 77/2019), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018).

En el presente caso, este OARC/KEAO entiende que no concurre ninguno de los dos presupuestos. En lo referente al primero, porque el recurso contiene el argumento impugnatorio basado en la posibilidad de subsanación de la oferta y, en lo que respecta al segundo, porque no queda acreditada en el expediente la voluntad intencionada de demorar el procedimiento de adjudicación.

c) Conclusión

A la vista de todo lo anterior, el recurso debe desestimarse en su integridad.



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:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por la mercantil SEGURMA, S.A. contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Suministro, instalación e integración de equipos de seguridad para la renovación y mejora de los sistemas de videovigilancia y anti intrusión de Euskotren”, tramitado por la sociedad pública EUSKO TRENBIDEAK – FERROCARRILES VASCOS. S.A.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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, 2022ko otsailaren 21a

Vitoria-Gasteiz, 21 de febrero de 2022