



**EB 2020/051**

**Resolución 078/2020, de 17 de junio, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titulararena, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil CENTRO CANINO QUINCOCAN, S.L. frente a la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del “Servicio de recogida y custodia de animales abandonados y vagabundos en Bermeo”, tramitado por el Ayuntamiento de Bermeo.**

### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 3 de abril de 2020, la empresa CENTRO CANINO QUINCOCAN, S.L. (en adelante, QUINCOCAN) interpuso en el registro del órgano de contratación un recurso especial en materia de contratación pública frente a la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del “Servicio de recogida y custodia de animales abandonados y vagabundos en Bermeo”, tramitado por el Ayuntamiento de Bermeo.

**SEGUNDO:** El día 23 de abril de 2020 se recibieron 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 y el expediente de contratación, además del 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:** En virtud de lo dispuesto en el apartado 1 de la Disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se





declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y de los sucesivos Reales Decretos que prorrogaron dicho estado de alarma, el procedimiento de resolución del recurso especial quedó suspendido hasta el 7 de mayo; en esa fecha tuvo efectos el levantamiento de la citada suspensión, según lo dispuesto en la Disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019.

**CUARTO:** Trasladado el recurso a los interesados con fecha 1 de junio, se han recibido las alegaciones de ZAUNK, S.L. (en adelante, ZAUNK) el día 8 de junio.

## **II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

### **PRIMERO: Legitimación y representación**

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D<sup>a</sup>. L.L.L., que actúa en su nombre.

### **SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial**

Según el artículo 44.1 b) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial los contratos de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros.

### **TERCERO: Impugnabilidad del acto**

Según el artículo 44.2 b) de la LCSP, pueden ser objeto de recurso especial acuerdos de exclusión de las ofertas.



#### **CUARTO: Interposición en tiempo y forma**

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

#### **QUINTO: Régimen jurídico**

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Bermeo es un poder adjudicador con la condición de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

#### **SEXTO: Motivos del recurso**

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

- a) La recurrente ha sido excluida del procedimiento de adjudicación porque cometió el error de incluir en el archivo electrónico B la oferta económica en vez de la memoria técnica. A juicio de la recurrente, lo relevante no es la forma en que se presentan las ofertas, sino que se garanticen los principios de invariabilidad de la oferta y de igualdad de trato, lo cual exige el cumplimiento de dos requisitos: (i) que el error cometido no permita albergar duda alguna sobre la verdadera voluntad de la licitadora y (ii) que el error no impida al órgano de contratación evaluar las ofertas de forma objetiva. En definitiva, se ha cometido una irregularidad formal que no puede constituir causa de exclusión.
- b) Por otro lado, la licitadora ZAUNK incluyó en el archivo B un documento en formato Word cuando los pliegos exigían que el formato fuera pdf y estuviera firmado digitalmente. Dicho incumplimiento no fue motivo de exclusión.
- c) El error cometido por la recurrente se ha producido en otras ocasiones en otros ayuntamientos, debido a que la plataforma de licitación además de ser una herramienta relativamente nueva no es intuitiva y da lugar a confusión.



- d) No ha existido vulneración de la imparcialidad al haberse conocido anticipadamente una parte de la oferta económica, ya que la adjudicación también depende de criterios sujetos a juicio de valor.
- e) El principio de proporcionalidad que rige en la contratación pública requiere que la mesa hubiese solicitado aclaraciones sobre el contenido de las ofertas, sin que ello suponga una vulneración del principio de igualdad.
- f) Finalmente, se solicita que se anule el acuerdo de exclusión.

#### **SÉPTIMO: Alegaciones de ZAUNK**

La adjudicataria señala únicamente que fue requerida para subsanar una determinada documentación y así lo hizo.

#### **OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador**

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se exponen:

- a) Si bien es cierto que como dice la recurrente hay que aplicar criterios antiformalistas en los procedimientos de contratación, también lo es que ese antiformalismo tiene sus límites, siendo uno de ellos el de la violación del secreto de la oferta. El hecho de que se haya conculcado este límite, aunque haya sido por error involuntario, tiene como consecuencia la exclusión del licitador.
- b) Respecto a la alegación relativa a la solicitud de subsanación de cierta documentación de otra licitadora, se señala que en virtud del criterio antiformalista que la propia recurrente solicita que se aplique en el procedimiento de adjudicación, se ha solicitado la subsanación de un documento porque, en este caso, no se violenta ningún principio general de la contratación.



## **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; en concreto, el contenido relevante es el siguiente:

### **PCAP**

#### **24. REVISIÓN DE LA DOCUMENTACION Y PRESENTACION DE PROPUESTAS**

(...)

Las empresas licitadoras deberán presentar tres archivos. A, B y C.

En el archivo "A" se redactará el siguiente texto: "BERMEON ABANDONATU ETA KALEKO ANIMALIAK BATZE ETA ZAINTE ZERBITZU KONTRATUA. "A" ARTXIBOA. DOKUMENTAZIO OROKORRA".

(...)

En el archivo "B" se redactará el siguiente texto: "BERMEON ABANDONATU ETA KALEKO ANIMALIAK BATZE ETA ZAINTE ZERBITZU KONTRATUA. "B" ARTXIBOA. BALIO-JUDIZIOZKO IRIZPIDEAK".

En el referido archivo se deberán presentar los siguientes documentos (conforme a lo indicado en el apartado 14):

(...)

En el archivo "C" se redactará el siguiente texto: "BERMEON ABANDONATU ETA KALEKO ANIMALIAK BATZE ETA ZAINTE ZERBITZU KONTRATUA. "C" ARTXIBOA. PROPOSAMENA".

En el referido archivo se deberán presentar los siguientes documentos:

- a) Propuesta económica, firmada por la empresa licitante o por la persona que la presenta, redactada de acuerdo al modelo recogido como anexo VII en el pliego de cláusulas administrativas particulares. (...)

#### **25. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS, SELECCIÓN DE EMPRESAS Y APERTURA DE LAS PROPUESTAS**

Vencido el plazo de presentación de proposiciones, la persona responsable de la contratación clasificará la documentación recibida correcta en tiempo y forma (archivo "A"), y si apercibiera fallo material alguno en la misma, concederá un plazo de tres días laborables a la empresa licitadora para la subsanación del error (artículo 81 del Reglamento de la Ley de Contratación).

Subsanados los errores o transcurrido el plazo para ello, si se hubiese dado el caso y en un plazo máximo de veinte días desde que terminó el plazo para la presentación de las



ofertas (art. 157.3), la mesa de contratación abrirá los archivos “B” que recogen los criterios mediante juicio de valor y los valorará el/la técnico correspondiente.

Seguidamente, se abrirán públicamente los archivos “C” que recogen las propuestas presentadas, el día acordado por la mesa de contratación, a no ser que se puedan utilizar vías electrónicas para ello.

Se dará cuenta de antemano por teléfono, correo electrónico o fax, a lo/as concursantes de la fecha en la que se celebrará el acto público de apertura de las ofertas presentadas, siempre que no se utilice la vía electrónica para ello y siempre que no se haya publicado con antelación en el perfil del contratante y si no se modifica el día y la hora publicada.

Antes de la apertura de las propuestas, se informará a lo/as concursantes sobre la valoración de los criterios mediante juicio de valor. (...)

Por otro lado, la configuración de los sobres en la Plataforma de Contratación en Euskadi es la siguiente:

Sobre de capacidad y solvencia

**DEUC**

Sobre de fórmulas

**Proposición económica**

Sobre de juicios de valor

**Propuesta técnica**

En síntesis, se debate si la inclusión por parte de la recurrente del documento Oferta económica.pdf en el Sobre/archivo B de juicios de valor-propuesta técnica supone la infracción del secreto de la oferta y, en consecuencia, la proposición debe ser excluida de la licitación o, por el contrario, debió ser objeto de aclaración o subsanación para poder continuar en la misma. Asimismo, se discute si la subsanación de la documentación técnica completada por otra licitadora conculca el principio de igualdad de trato.

- a) Doctrina general sobre la finalidad y el alcance de la valoración separada de los criterios de adjudicación

Sobre esta cuestión, este OARC / KEAO ha sostenido en ocasiones anteriores (ver, por todas, la 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).

- b) Sobre la exclusión en una licitación electrónica de la oferta por la inclusión en sobre/archivo erróneo de un documento electrónico.



En la presente impugnación no se discute sobre si la recurrente ha cometido el error de incluir en el sobre/archivo de juicios de valor el documento Oferta económica.pdf que debió incluirse en el sobre de fórmulas, pues dicha circunstancia es admitida por las partes. El debate se suscita sobre la consecuencia que debe derivarse de ello. A juicio de este Órgano, sobre la base de unos argumentos coincidentes con los de la Resolución 215/2019 en la que se resolvía un recurso sustancialmente análogo al que nos ocupa, no pueden estimarse los motivos impugnatorios de QUINCOCAN 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 184/2018 del OARC / KEAO y la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191).
2. En este sentido, y a juicio de este Órgano, la recurrente no ha obrado con la necesaria diligencia a la hora de la tramitación telemática de su oferta, pues ha incluido el documento electrónico oferta económica.pdf en el Sobre/Archivo relativo a los juicios de valor y el documento Memoria.pdf en el Sobre/Archivo de fórmulas. El error es flagrante, dado que nos encontramos en una licitación en la que hay que incorporar telemáticamente un único archivo por sobre, por lo que el margen de error se reduce considerablemente y, además, la descripción que se hace en la Plataforma de cada uno de los sobres podrá ser escueta y sobria, pero es clara: “Sobre de fórmulas, Proposición económica” y “Sobre de juicios de valor, Propuesta técnica”, sin que pueda prosperar la alegación de QUINCOCAN de que la configuración de la plataforma de contratación electrónica ha podido inducir al error en la elaboración de la oferta. Y ello, porque (i) lo verdaderamente relevante es la descripción literaria de la plataforma, la cual coincide sustancial y semánticamente con la del



PCAP; y (ii), porque la configuración de los sobres en la Plataforma de Contratación es estructural, según ha podido comprobar este Órgano; es decir, el orden y la terminología de los sobres para la inclusión de los archivos informáticos es siempre la misma (Sobre de capacidad y solvencia, Sobre de fórmulas y Sobre de juicios de valor) para cualquier licitación, y sin que dicha prelación y nomenclatura pueda ser modificada por el poder adjudicador. En definitiva, no cabe achacar a la distinta configuración secuencial de los Sobres/Archivos en el PCAP y en la Plataforma de contratación la inducción al error cometido por la recurrente.

3. Sentado lo anterior, debe tenerse en cuenta, primero, que el *íter* procedimental de la apertura sucesiva de los sobres se establece tanto en la LCSP (artículo 146.2) como en los propios pliegos de la licitación (Cláusula 25) y que el poder adjudicador no lo puede obviar, por mucha involuntariedad que pueda observar en el error cometido. En segundo lugar, la LCSP considera que la presentación electrónica de ofertas y solicitudes de participación utilizando medios electrónicos garantiza la integridad y el secreto de las proposiciones, razón por la cual el artículo 157.4 prevé como excepción a la apertura de la oferta económica en acto público el que en la licitación se utilicen medios electrónicos (ver, en este sentido, la Resolución 200/2019 de este OARC/KEAO). Téngase en cuenta que en los procedimientos de adjudicación de los contratos la apertura pública de los sobres que contienen las ofertas ha sido considerado desde siempre como un requisito instrumental que garantiza los principios de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores y de transparencia, que asegura el secreto de las ofertas presentadas hasta el momento en que pueden ser conocidas todas al mismo tiempo. Por todo ello, una vez abierto el archivo electrónico B la mesa de contratación no podía más que abrir el documento que incluía para dejar constancia de su contenido en el acta de la sesión; además, el error podía haberse encontrado en la identificación o título asignado al documento y no en la información que incorporaba.



4. Expuesto todo lo anterior, y una vez abierto por el poder adjudicador el documento Oferta económica.pdf, el conocimiento anticipado de la información que en el mismo se contiene es relevante porque se manifiesta como oferta contractual y contiene información concerniente a un criterio evaluable automáticamente que debió ser incorporada al Archivo/Sobre de fórmulas, revelando así anticipadamente una parte de la proposición que el órgano de contratación no debía conocer en ese momento. Esta infracción es únicamente imputable a la falta de diligencia de la recurrente a la hora de elaborar su proposición y la consecuencia inevitable que se deriva de todo ello es la exclusión de la oferta. En consecuencia, debe desestimarse el presente motivo de recurso.
5. Por otro lado, no puede aceptarse la alegación de QUINCOCAN respecto de la posibilidad de aclaración o subsanación de su oferta, pues el daño infligido a la objetividad de la evaluación de las ofertas por el conocimiento anticipado de un criterio sujeto a su valoración mediante una fórmula ya se ha producido y el licitador no puede hacer nada para repararlo; finalmente, tampoco cabe alegar trato desigual con respecto a la proposición de ZAUNK, porque los defectos de su proposición eran fácilmente subsanables sin que ello supusiera reelaboración de la oferta o alteración de su sentido (ver, por ejemplo, las Resoluciones del OARC / KEAO 102/2013 sobre la subsanación de los defectos en la firma y 156/2018 sobre la aportación de la oferta en otro formato mientras no se altere su contenido sustancial).

c) Conclusión

Por todo lo anteriormente manifestado, procede desestimar íntegramente el recurso interpuesto.



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 empresa CENTRO CANINO QUINCOCAN, S.L. frente a la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del “Servicio de recogida y custodia de animales abandonados y vagabundos en Bermeo”, tramitado por el Ayuntamiento de Bermeo.

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

**TERCERO:** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

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

**Vitoria-Gasteiz, 2020ko ekainaren 17a**

Vitoria-Gasteiz, 17 de junio de 2020