



EB 2019/184

Resolución 012/2020, de 24 de enero, 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 UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS FERROVIAL SERVICIOS, S.A. E IBERDROLA CLIENTES S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Gestión sostenible del suministro energético de combustible y mantenimiento integral con garantía total de las instalaciones de climatización (calefacción, aire acondicionado, ventilación) y agua caliente sanitaria en edificios municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 12 de noviembre de 2019, la UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS FERROVIAL SERVICIOS, S.A. E IBERDROLA CLIENTES S.A.U. (en adelante, “la UTE”) interpuso, 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) un recurso especial en materia de contratación pública contra la adjudicación del contrato “Gestión sostenible del suministro energético de combustible y mantenimiento integral con garantía total de las instalaciones de climatización (calefacción, aire acondicionado, ventilación) y agua caliente sanitaria en edificios municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz.

SEGUNDO: El 13 de noviembre se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente 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 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 19 de noviembre.

TERCERO: Con fecha 26 de noviembre se trasladó el recurso a los interesados, recibándose el día 3 de diciembre las alegaciones de la empresa GIROA S.A.U., adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D.J.K.N.M., que actúa en su nombre.

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

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

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Según el artículo 44.2 c) de la LCSP, pueden ser objeto de recurso especial los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.



QUINTO: Régimen jurídico

El Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

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

- a) Al aplicar el criterio de adjudicación sujeto a fórmula “Volumen de inversión derivado de la prestación P5: hasta 70 puntos” el poder adjudicador ha detraído una serie de inversiones ofertadas; esta actuación se justifica en el informe técnico explicando que se han excluido las inversiones que, según el Anexo II del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) eran sustituciones obligatorias conforme el calendario de renovación de equipos de la Prestación P3 y, adicionalmente, en el caso de la recurrente, que se excluye el sistema para la gestión energética del contrato ofertado por considerar que es un requisito obligatorio. El recurrente alega que ello supone introducir un nuevo filtro o criterio subjetivo de la prestación P5, no previsto en los pliegos ni contemplado en las aclaraciones a los mismos efectuadas por la propia Administración, una vez cerrada la valoración del sobre correspondiente (sobre 2) y una vez abierto el sobre de criterios automáticos (sobre 3), infringiendo el principio de valoración separada de ambos tipos de criterios de adjudicación. Por otra parte, la detracción no se ha hecho con los mismos criterios para el recurrente y para el adjudicatario impugnado, lo que infringe el principio de igualdad de trato e implica arbitrariedad.
- b) La valoración del sobre 2 no excluyó ninguna de las obras de mejora ofertadas, por lo que la valoración del sobre 3 requería tan solo la simple introducción de los importes ofertados en la fórmula prevista en los pliegos, lo que habría supuesto la adjudicación del contrato al recurrente.



c) Se alega que la valoración del subcriterio de adjudicación 5.1 “Conocimiento y estudio de las obras a realizar: cantidad, calidad y nº de intervenciones a realizar” incurre en un error porque solo ha contado con los ahorros anuales correspondientes a la implantación del sistema de gestión energética.

d) A GIROA se le han valorado actuaciones consistentes en la realización de auditorías energéticas y su importe, siendo así que no cumplen con los requisitos establecidos en los pliegos para tenerlas en cuenta, ya que ni son obras, ni promueven por sí solas el ahorro energético ni incorporan equipos e instalaciones ni tienen encaje entre los ejemplos que los pliegos citan.

e) Finalmente, se solicita lo siguiente:

- que se anule el acuerdo de adjudicación y
 - que se ordene la retroacción de actuaciones al momento de la valoración de los criterios sometidos a fórmulas matemáticas para que se introduzcan en dichas fórmulas los importes ofertados por los licitadores sin deducción alguna y se continúe el procedimiento hasta la adjudicación del contrato a la recurrente.
 - subsidiariamente, que se ordene la retroacción de actuaciones al momento de la valoración del sobre 2 para que, tras la corrección de errores y trato discriminatorio expuesto, continúe el procedimiento hasta la adjudicación del contrato a la recurrente.

SÉPTIMO: Alegaciones de GIROA

La adjudicataria impugnada alega lo siguiente:

a) La valoración de las ofertas efectuada por la Administración se ha ajustado al principio de igualdad de trato, a lo previsto en los pliegos y a la respuesta a la pregunta 27, formulada al amparo del artículo 138.3 de la LCSP, que dice que



“La valoración de las obras de mejora de ejecución voluntaria ofertadas por los licitadores, P5; se realizará conforme a lo indicado en el punto 4º de la carátula apartado 5, criterios de adjudicación valorados mediante juicios de valor, y la puntuación obtenida en ese apartado no condiciona la valoración del apartado 7 “criterios de adjudicación mediante la aplicación de fórmula matemática”; se alega que el poder adjudicador no descartó ninguna oferta hasta tener la valoración y justificación global de la misma lo que, ineludiblemente, obligaba a la apertura del sobre 3 para verificar el tratamiento dado por el recurrente a las sustituciones de equipo, como coste (P3) o como inversión (P5).

b) GIROA solicita la exclusión de la oferta de la recurrente por incumplir los pliegos de la licitación, en concreto, la prohibición de presentar variantes o alternativas no autorizadas por el órgano de contratación.

c) El ahorro energético no es un criterio a valorar (los pliegos ni siquiera exigen que se acredite el ahorro obtenido); la diferencia de puntuación entre las ofertas no radica en el ahorro energético, sino en las cuantitativa y cualitativamente mejores medidas propuestas por GIROA.

d) La valoración de las auditorías energéticas propuestas por GIROA es correcta porque suponen un efectivo ahorro económico para la Administración.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega lo siguiente:

a) Se ha actuado conforme a la respuesta a las consultas 27 y 47; esta última señala que “Las inversiones de P5 no sustituirán a las prestaciones incluidas en P3 Garantía total, salvo que la inversión ofertada en P5 suponga proyecto integral o el cambio del sistema que la incluya”.

b) Se alega que la valoración ha impedido que se valoren dos veces las mismas inversiones, pues no pueden computarse como intervenciones de ejecución voluntaria aquellas son obligatorias.



- c) Se acepta que hay un error en la transcripción del ahorro estimado, tal ahorro no un criterio a valorar.
- d) No ha habido trato desigual en la evaluación de las ofertas.
- e) Las auditorías energéticas pueden valorarse porque son una herramienta adecuada para mejora de la calidad del servicio; por otro lado, el listado que contienen los pliegos de actuaciones valorables no es vinculante, solo orientativo.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurso plantea como pretensión principal la retroacción de actuaciones para que se apliquen los criterios de adjudicación sujetos a evaluación mediante fórmula sin alterar los importes propuestos por los licitadores y, subsidiariamente, la retroacción de actuaciones para que se valoren los criterios de evaluación subjetiva corrigiendo determinadas irregularidades denunciadas por el recurrente. El análisis de ambas pretensiones debe partir del contenido de las estipulaciones relevantes de los pliegos del contrato impugnado, que rigen la licitación vinculando al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento al no haber sido recurridos en tiempo y forma:

PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES DEL AYUNTAMIENTO DE VITORIA-GASTEIZ PARA LA CONTRATACIÓN DE CONTRATO MIXTO MEDIANTE PROCEDIMIENTO ABIERTO O RESTRINGIDO

CARATULA: PUNTO 1º

OBJETO Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

(...)

Prestación P5: Obras de mejora de ejecución voluntaria por el adjudicatario.

Además de las obras obligatorias enumeradas en el P4 del PCT, es objetivo fundamental de este contrato promover el ahorro energético, manteniendo al mismo tiempo las condiciones de confort habituales, mediante la incorporación de equipos e instalaciones que cuantifiquen y fomenten el ahorro de energía, la eficiencia energética y la utilización de energías renovables.

Las empresas licitadoras podrán proponer la realización de aquellas obras de mejora y renovación que suponga una mejora en las instalaciones o un ahorro energético siempre que



sean ejecutadas y financiadas por el adjudicatario, mediante los ahorros conseguidos dentro del período de vigencia del contrato, y no tendrán repercusión económica sobre el presupuesto del contrato.

Estas mejoras supondrán un interés suficiente para el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, entendiéndose este interés bien por significar una clara mejora en la calidad del servicio, bien por conllevar una mejora en las instalaciones y edificios, así como aquello que redunde en la eficiencia energética de los mismos.

La calidad de los materiales de las obras voluntarias cumplirá con los mismos requisitos establecidos para las obras obligatorias.

El Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz tendrá potestad para admitir o rechazar la ejecución de cualquier obra de mejora planteada de forma voluntaria por la empresa adjudicataria en las instalaciones municipales.

El adjudicatario asumirá el riesgo de la no consecución de los tiempos de retorno proyectados. Con la finalización del contrato, las instalaciones ejecutadas pasarán a ser propiedad del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, sin coste alguno para el mismo.

Todas las obras voluntarias estarán incluidas dentro del precio final de adjudicación, siendo proyectadas, dirigidas, ejecutadas, financiadas y legalizadas por el adjudicatario, y sufragadas mediante los ahorros de energía obtenidos dentro del periodo de vigencia del contrato, sin que tengan repercusión económica alguna para el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

(...)

CARÁTULA PUNTO 4º

SOBRE 2. DOCUMENTACIÓN RELATIVA A CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN VALORADOS MEDIANTE UN JUICIO DE VALOR

(...)

5.- Valoración técnica de la prestación P5 Obras de mejora de ejecución voluntaria por el adjudicatario: hasta 65 puntos

5.1 Conocimiento y estudio de las obras a realizar: cantidad, calidad y nº de intervenciones a realizar: hasta 55 puntos

Se presentará una memoria técnica detallada por cada una de las intervenciones, describiendo el contenido y alcance de cada una de las obras que ofrecen realizar. Cada memoria técnica orientada a la eficiencia energética contendrá los estudios energéticos que justifiquen totalmente los ahorros energéticos (en kWh) previstos con cada solución planteada.

Se valorará la calidad, claridad y viabilidad de los documentos presentados en concordancia con lo exigido en el Pliego de Condiciones Técnicas (PCT).

Se valorará la definición de materiales y/o equipos vinculados a las obras, características y fichas técnicas de los elementos a incluir dentro de esta prestación.

Toda la información tendrá carácter contractual. No figurará ningún dato económico.

5.2 Planificación de los trabajos: hasta 10 puntos



Se presentará un programa de trabajo de cada instalación.

El licitador establecerá los periodos estimados para la ejecución de cada una de las obras, de tal forma que interfiera lo menos posible en el habitual funcionamiento de los centros municipales.

Se valorará el conocimiento y alcance de las tareas a desarrollar y la planificación que la empresa haga a tal fin para la realización de las obras según la previsión anual de las mismas.

Se valorará la previsión y coordinación que el licitador haga respecto de los equipos de trabajo necesarios en función de la simultaneidad de fechas y número de centros a intervenir.

SOBRE 3. DOCUMENTACIÓN RELATIVA A CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN VALORADOS MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULA MATEMÁTICA

(...)

7.- Volumen de inversión derivado de la prestación P5: hasta 70 puntos

Los licitadores deberán indicar en su oferta el volumen económico de inversión en intervenciones de mejora de ejecución voluntaria que se comprometen a realizar durante la vigencia del contrato y ofertadas en el sobre 2, detallando los conceptos, y el importe desglosado por edificio. El criterio del volumen económico de inversión será puntuado con un máximo de 70 puntos. La puntuación se otorgará de la siguiente forma:

La oferta que mayor volumen económico de inversión voluntaria presente obtendrá la máxima puntuación del apartado (70 puntos). Para valorar el resto de las ofertas se dividirá cada una de ellas entre la oferta de mayor porcentaje y el resultado se multiplica por 70.

Asimismo, es procedente señalar el contenido de dos consultas dirigidas al poder adjudicador al amparo del artículo 138.3 de la LCSP, así como su respuesta:

27. PREGUNTA

"Sobre el PCAP. Carátula punto 4. Criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas matemáticas. Pto 7. Volumen de inversión derivado de la prestación P5: ¿Se dispondrá de una base de precios para la valoración equitativa de las inversiones? De no ser así, ¿podrá el organismo revalorarlas? ¿con qué criterio?

No hay base de precios, pero tal y como se especifica en el punto 2.2 del PCT" la calidad de los materiales de las obras voluntarias cumplirá con los mismos requisitos establecidos para las obras obligatorias".

No se revalorarán



Si en la “Valoración técnica de la prestación P5” se ha rechazado una propuesta según los criterios establecidos en el Pto 7.5 del PPT, ¿será tomada en cuenta en el montante de la valoración del volumen de inversión de P5?

La valoración de las obras de mejora de ejecución voluntaria ofertadas por los licitadores, P5; se realizará conforme a lo indicado en el punto 4º de la carátula apartado 5, criterios de adjudicación valorados mediante juicio de valor, y la puntuación obtenida en ese apartado no condiciona la valoración del apartado 7 “criterios de adjudicación mediante la aplicación de fórmula matemática”.

47. PREGUNTA

¿Es posible que una sustitución de un equipo programada para P3 por fin de vida útil se pueda proponer como mejora de P5 siempre y cuando esta mejora cumpla las condiciones indicadas en el PPT para que se considere como tal?

Las inversiones de P5 no sustituirán a las prestaciones incluidas en P3 Garantía total, salvo que la inversión ofertada en P5 suponga proyecto integral o el cambio de sistema que la incluya.

A continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre todo ello.

- a) Sobre la evaluación del criterio de adjudicación “Volumen de inversión derivado de la prestación P5: hasta 70 puntos”

El criterio cuya aplicación se debate es uno de los que los pliegos incluyen entre los valorados “mediante la aplicación de fórmula matemática”, es decir, uno de los descritos en el artículo 146.2 de la LCSP como “aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.” El rasgo esencial de estos criterios (denominados habitualmente “automáticos”) es la ausencia total de margen de apreciación en la valoración de las ofertas, ya que la puntuación se deriva de la aplicación de una fórmula y el resultado de una fórmula no puede interpretarse, tan solo se calcula; consecuentemente, la introducción de cualquier elemento subjetivo en la aplicación de este tipo de criterios es inaceptable porque desvirtúa su automatismo (ver, por todas, las resoluciones 64 y 176/2019 del OARC / KEAO). Con base en este punto de partida, este Órgano entiende que la pretensión debe estimarse por las siguientes razones:



- 1) Como se ha señalado anteriormente, el criterio debatido se establece en unos pliegos firmes y consentidos, vinculantes también para el órgano de contratación. La citada vinculación no solo implica respetar en el procedimiento de adjudicación el contenido del criterio, tal y como se establece en los pliegos, sino también su misma condición de criterio automático, igualmente fijada en la documentación contractual; en este sentido, la sola clasificación del criterio como sujeto a fórmula tiene ya varias consecuencias relevantes, como son el orden de apertura del archivo en el que se contiene para garantizar la evaluación separada establecida en el artículo 146.2 de la LCSP y, especialmente por lo que importa al asunto, la prohibición radical de que en su aplicación el órgano de contratación pueda introducir ningún elemento subjetivo o juicio discrecional o valorativo, con la paralela consecuencia de que los licitadores tienen el derecho a esperar que el procedimiento de adjudicación se conduzca en esos estrictos términos y no en otros distintos.
- 2) Lo expuesto en la letra a) anterior implica que la aplicación del criterio no permite que el órgano de contratación excluya del importe total propuesto por el licitador (única cifra que debe introducirse en la fórmula) las cantidades atribuidas a inversiones obligatorias, porque ello requiere la concreción de un concepto jurídico indeterminado (“inversión en intervenciones de mejora de ejecución voluntaria”), como se deduce de su definición en el punto 1º de la carátula del PCAP (que incluye elementos como “interés suficiente”) o de la respuesta a la consulta 47, operación para la que se precisa una apreciación subjetiva vedada por las reglas del procedimiento. Por ello, el poder adjudicador ha convertido un criterio automático en un criterio discrecional, aunque con un fuerte fondo reglado, conformado por la propia fórmula.
- 3) Tampoco es aceptable que mediante la respuesta a una consulta se pretenda alterar el contenido de un criterio de adjudicación, menos aún la



misma naturaleza de uno de aplicación automática introduciendo en él aspectos subjetivos, pues ello significaría tanto como modificar los pliegos fuera del procedimiento legalmente determinado para ello (ver, por ejemplo, la Resolución 211/2019 del OARC / KEAO); con independencia de esta observación, este Órgano estima que la respuesta a la pregunta 27, alegada por el poder adjudicador, en ningún caso ampararía la actuación impugnada, pues se limita a decir que la puntuación obtenida en un criterio no condiciona la que se vaya a obtener en otro, lo cual es evidente, porque ambos se rigen por especificaciones distintas.

- 4) Finalmente, la actuación de la Administración ha contradicho materialmente el principio de valoración separada del artículo 146.2 de la LCSP. Debe tenerse en cuenta que el informe técnico que sustenta la evaluación del criterio discrecional “Valoración técnica de la prestación P5 Obras de mejora de ejecución voluntaria por el adjudicatario” no hace ninguna mención a que alguna de las mejoras propuestas en él por el recurrente no fuera realmente una “inversión en intervenciones de mejora de ejecución voluntaria”, lo que resulta llamativo a la vista del abultado porcentaje de obras y de importe que luego se ha descontado en la aplicación del criterio automático. Por lo tanto, el descuento efectuado, al estar basado en apreciaciones contrarias a las que fundamentan la puntuación atribuida en los criterios discrecionales o de dicho descuento es, de hecho, una revisión de la evaluación de dichos criterios, efectuada a la vista de la documentación sobre criterios automáticos.

b) Sobre la petición de GIROA de excluir la oferta del recurrente

No cabe considerar la solicitud de GIROA de excluir la oferta de la recurrente. Como ha señalado este Órgano (ver, por todas, la Resolución 43/2014 del OARC / KEAO), tal y como el legislador lo ha configurado, el recurso especial no da lugar a un procedimiento contradictorio entre la empresa recurrente y los demás licitadores en el que, a modo de la reconvención del proceso civil, estos últimos



pueden ampliar en sus alegaciones el objeto del litigio y, por lo tanto, el ámbito de la resolución. Por el contrario, el alcance de la resolución se fija sólo en la petición del recurso (artículo 57.2 de la LCSP), mientras que el trámite de alegaciones de los interesados obedece al mandato constitucional de garantizar su audiencia (artículo 105.3 de la Constitución), pero no les concede una vía de impugnación, por lo que su posición procedimental no es en absoluto análoga a la del recurrente ni a la del demandado del pleito civil.

c) Conclusión

En consecuencia con lo expresado en la letra a) anterior, la pretensión principal debe estimarse, con anulación del acto impugnado y retroacción de actuaciones para que el criterio de adjudicación 7 “Volumen de inversión derivado de la prestación P5” sea aplicado sin la reducción de inversiones. Debe señalarse que, en todo caso, el poder adjudicador dispone de la posibilidad, prevista en el punto 1º de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de admitir o rechazar la ejecución de las obras de mejora planteadas de forma voluntaria por la empresa adjudicataria en las instalaciones municipales, si bien esta potestad se refiere a la fase de ejecución del contrato (de ahí la mención de la adjudicataria, y no de los licitadores). Habida cuenta de la estimación de la pretensión principal, no procede analizar los motivos de la pretensión subsidiaria.

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 interpuesto por la UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS FERROVIAL SERVICIOS, S.A. E IBERDROLA CLIENTES S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Gestión sostenible del suministro energético de combustible y mantenimiento integral con garantía total de las instalaciones de climatización (calefacción, aire acondicionado, ventilación) y agua caliente sanitaria en edificios municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones en los términos establecidos en el apartado c) del fundamento jurídico noveno.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, según lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

CUARTO: Requerir al poder adjudicador para que informe a este Órgano de las actuaciones seguidas para la ejecución de la presente Resolución, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP.

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

Vitoria-Gasteiz, 2020ko urtarrilaren 24a

Vitoria-Gasteiz, 24 de enero de 2020