EB 2015/026

Resolución 039/2015, de 30 de marzo de 2015, del 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 SEI INGENIERÍA ELÉCTRICA DE CONSTRUCCIONES Y MONTAJES, S.A. frente a la adjudicación del contrato de "Suministro de un grupo electrógeno en el Pabellón Dr. Areilza del Hospital Universitario de Basurto", tramitado por el Servicio Vasco de Salud-OSAKIDETZA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 27 de febrero de 2015 SEI INGENIERÍA ELÉCTRICA DE CONSTRUCCIONES Y MONTAJES, S.A. interpuso en el registro del Departamento de Administración Pública y Justicia –Zuzenean Bilbao– un recurso especial en materia de contratación frente a la adjudicación del contrato de "Suministro de un grupo electrógeno en el Pabellón Dr. Areilza del Hospital Universitario de Basurto". El recurso tuvo entrada el en registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco / Kontratuen Inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO) el día 2 de marzo de 2015.

El mismo día de su presentación en el OARC / KEAO se trasladó el recurso a OSAKIDETZA. El expediente de contratación y el informe al que hace referencia el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) tuvieron entrada en el registro del OARC / KEAO el día 11 de marzo de 2015.

SEGUNDO: Solicitadas alegaciones a los interesados, se han recibido con el día 16 de marzo de 2015 las de la empresa ELECTRA MOLINS, S.A.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación del recurrente y la representación de Don K. B.G. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, entre otros, los contratos de suministro sujetos a regulación armonizada. Conforme a lo señalado en el apartado 21 de la carátula del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), el contrato objeto de recurso especial tiene un valor estimado de 388.000,00 euros.

TERCERO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores. El acto recurrido es el Acuerdo de 11 de febrero de 2015, del Director General de OSAKIDETZA, de adjudicación del expediente

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 TRLCSP.

SEXTO: Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) En los antecedentes de hecho de su escrito dice que en el informe técnico, sobre los criterios basados en fórmulas, en el apartado 3.3. referido al criterio de asistencia técnica, se le concede 0 puntos a SEI ya que «Aunque afirma que la asistencia se realizará en las condiciones requeridas en el PBT, refiere que se llevará a cabo por parte de una distribuidora, no acreditando la empresa mantenedora que se exige para garantizar el correcto mantenimiento del equipo.» Para más adelante añadir que «En el informe técnico de criterios basados en fórmulas, se indica que ASENER es una distribuidora de grupo electrógenos de la marca HIMOINSA, indicando que no es mantenedora de los

mismos, lo cual no es cierto. Lo cierto es que la empresas ASENER es mantenedora de estos grupos, tal y como demuestran los documentos que se adjuntan, como documentos nº 5 y 6 a estas alegaciones.»

b) La adjudicación recurrida vulnera el artículo 150 del TRLCSP, en cuanto que se utiliza una valoración subjetiva para el otorgamiento de puntos en el apartado de asistencia técnica perteneciente a los criterios evaluables mediante fórmula.

Señala que el precepto mencionado distingue entre criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas y los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor, concediendo preferencia a los primeros.

La vulneración al precepto deviene al utilizar un criterio subjetivo en la valoración relativa al criterio evaluable mediante fórmula. El recurrente manifiesta haber incluido en su oferta que dispone de un equipo de asistencia técnica las 24 horas del día durante los 365 días del año con un compromiso de asistencia del técnico en el centro con menos de 5 horas de espera, y conforme a los criterios de adjudicación ha de concedérsele 10 puntos, de manera matemática, por simple aplicación de la cuantificación, por tramos, incluida en dicho apartado de asistencia técnica; y en lugar de ello se le concede 0 punto. Dicha vulneración incide en la adjudicación final, ya que de haberse aplicado correctamente la fórmula del apartado de asistencia técnica, la adjudicación del contrato hubiera recaído a su favor.

c) Solicita la anulación del Acuerdo del Director General de Contratación de OSAKIDETZA, retrotrayéndose el procedimiento hasta subsanar las irregularidades denunciadas, esto es, al momento inmediatamente anterior en el que debió valorarse correctamente la oferta del recurrente otorgándole 10 puntos en la valoración basada en juicio de fórmulas en el apartado relativo a la asistencia técnica.

SÉPTIMO: Osakidetza se opone al recurso argumentando que en la documentación aportado por SEI no se indica que tenga un contrato de colaboración con ASENER, empresa mantenedora de los grupos electrógenos HIMOINSA. Asimismo, SEI no indica los medios disponibles para garantizar la asistencia técnica en el tiempo requerido. En la documentación aportada en el sobre "B", de fecha 5 de diciembre de 2014, no consta la documentación que ha aportado en el recurso como documentos nº 5 y 6. El recurrente es una empresa dedicada a la ingeniería y no es empresa mantenedora de grupos electrógenos. Es por este motivo por el que se le valora con 0 puntos en el apartado de asistencia técnica.

OCTAVO: Por su parte, ELECTRA MOLINS, S.A, adjudicataria impugnada, en sus alegaciones manifiesta:

a) Que la valoración en el criterio relativo a la asistencia técnica es correcta. Añade que los dos fabricantes que han concurrido al concurso han obtenido 10 puntos en este concepto y que los no fabricantes han obtenido 0 puntos. Afirma que su declaración de compromiso de asistencia es real y verdadera y les compromete a realizar el servicio para el que están cualificados y disponen de medios. Por el contrario, la declaración de SEI de que va a dar el servicio a través de ASENER no resulta confirmada en la presentación de la documentación del concurso. SEI toma unos compromisos que no está en disposición de garantizar de forma directa, sino que depende de una subcontrata del fabricante HIMOINSA, que aquí es a su vez subcontratada por el recurrente. La aportación en fecha posterior de documentación por parte de SEI para probar que dispone de asistencia técnica no es aceptable.

b) Solicitan que se mantengan las puntuaciones dadas y la adjudicación a su favor.

NOVENO: El recurrente denuncia que la adjudicación vulnera el artículo 150 del TRLCSP porque utiliza una apreciación subjetiva para puntuar el apartado

de asistencia técnica, que está dentro de los criterios que pueden evaluarse mediante una fórmula.

El apartado 30.2.1. de la carátula del PCAP y el apartado 13 del Pliego de Bases Técnicas del contrato incluyen entre los criterios de valoración basado en la aplicación de fórmulas:

Asistencia técnica	10
Disponer de equipo de Asistencia técnica. Se valorarán los siguientes ítems, que no serán acumulativos: - en horario laboral 1punto - 24 horas días laborales 2puntos - 24 horas los 365 días 5 puntos	5
Compromiso de asistencia en el centro por técnico. Se valorarán únicamente los siguientes ítems, que no serán acumulativos: - en el plazo inferior a 5 horas en horario laboral 1 punto - en el plazo inferior a 5 horas los 365 días del año 5 puntos.	5

El OARC / KEAO ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre los criterios que pueden valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de fórmulas establecidas en los pliegos. Así, en la Resolución 97/2014 se señala que «(…) es imprescindible, para que un criterio pueda considerarse automático, que la puntuación atribuida resulte de la mera aplicación de una fórmula preestablecida en los pliegos.» En la propia Resolución se indica que «Del carácter automático del criterio se deduce la necesidad de que el pliego establezca una "ecuación o regla que relaciona objetos matemáticos o cantidades" –ésa es la definición de "fórmula" según el diccionario de la RAE–, de cuya aplicación resultará la puntuación de cada oferta.» Y en la Resolución 65/2014 que «Como es bien sabido, el resultado de una fórmula matemática no se interpreta, se calcula aplicando un algoritmo o "conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema".»

La primera conclusión que se obtiene al examinar el criterio debatido es que no contiene una fórmula en los términos expuestos en la última de las resoluciones citadas, sino que se limita a expresar unas opciones que los licitadores deberán elegir, y dependiendo de la elección se obtendrán más o

menos puntos. Un criterio así planteado carece del desconocimiento previo del resultado propio de la aplicación de una fórmula matemática, en la que la puntuación obtenida es fruto de la realización de operaciones donde un factor ineludible para la obtención de la solución del problema es la oferta de los licitadores. Pues bien, al criterio en cuestión le faltan estas premisas y deja a los licitadores la elección de la puntuación que quieren obtener.

Sin embargo, los pliegos que rigen el contrato no fueron impugnados en el momento procesal oportuno, y conforme a una reiterada jurisprudencia los pliegos del contrato constituyen una verdadera ley contractual, ya que en ellos se articulan las cláusulas constitutivas de las obligaciones y derechos de las partes [Sentencias de 18 de julio de 2008 (casación 3527/2006) y 13 de marzo de 2008 (casación 3405/2005)], de tal manera que la presentación de proposición por el licitador sin que haya impugnado los pliegos significa su sometimiento a lo contenido en ellos sin salvedad o reserva alguna (art. 145 TRLCSP), al igual que a lo establecido en ellos queda obligado el poder adjudicador (Resolución 105/2014 del OARC / KEAO).

La segunda cuestión a dilucidar es si, efectivamente, se ha introducido un elemente subjetivo, como afirma el recurrente, en la valoración del criterio de adjudicación, pues de ser cierto se vulneraría la propia naturaleza del criterio que impide su contaminación por elementos que puedan implicar un juicio de valor.

SEI aduce que en el informe técnico de criterios basados en fórmulas sobre su propuesta se indica que la empresa ASENER es una empresa distribuidora de grupos electrógenos de la marca HIMOINSA que no es mantenedora de los mismos, circunstancia que niega en su escrito de recurso.

El informe técnico al que se refiere SEI dice textualmente:

«SEI ingeniería S.A.

Aunque afirma que la asistencia se realizará en las condiciones requeridas en el PBT, refiere que se llevará a cabo por parte de una distribuidora, no acreditando la empresa mantenedora que se exige para garantizar el correcto mantenimiento del equipo. 0 puntos.»

El criterio de adjudicación debatido, en los términos en que esta expresado, no contiene restricción alguna acerca de las características de la empresa que debe realizar el objeto del contrato –fabricante, distribuidor, mantenedor, etc.– Además, una restricción de este tipo invalidaría el criterio al introducir un elemento propio de un juicio de valor, como es decidir sobre la calificación de la actividad de la empresa propuesta para la prestación del servicio de mantenimiento. De igual forma, cuando el informe técnico introduce la distinción entre distribución y mantenimiento, está efectuando primeramente un juicio de valor y después otorga una puntuación condicionada por una valoración subjetiva previa.

El recurrente en su oferta sobre asistencia técnica declara que:

«La Asistencia Técnica del GRUPO ELECTRÓGENO, se realizará a través de ASENER, S.L., empresa distribuidora oficial de grupos electrógenos HIMOINSA, sita en ABADIANO, y consta de:

- DISPONER DE EQUIPO DE ASISTENCIA TÉCNICA 24 HORAS LOS 365 DÍAS DEL AÑO.
- COMPROMISO DE ASISTENCIA EN EL CENTRO POR TÉCNICO EN EL PLAZO INFERIOR A 5 HORAS LOS 365 DÍAS DEL AÑO.»

Las alusiones de la oferta a la empresa distribuidora oficial y al fabricante del grupo electrógeno no impiden la aplicación del criterio en los términos previstos en los pliegos del contrato que, volvemos a recordar, al tratarse de una fórmula no establecen ni pueden establecer condición previa alguna que implique un juicio de valor.

Los pliegos del contrato, además, no establecen restricciones acerca de la actividad de quien debe realizar el mantenimiento de equipos suministrado –fabricante, distribuidor, mantenedor, etc.–, y en el apartado 15 de la carátula

del PCAP se permite la subcontratación de hasta un máximo del 60%, de acuerdo a lo establecido en el artículo 210 del TRLCSP.

Teniendo en cuenta que el recurrente declara disponer de un equipo de asistencia técnica de 24 horas los 365 días del año y un compromiso de asistencia en el centro por técnico en el plazo inferior a 5 horas los 365 días de año, en aplicación de la fórmula prevista en los pliegos para el criterio de asistencia técnica, debe estimarse su pretensión de que se valore su oferta concediéndole 10 puntos en el citado criterio.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava del a 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, el 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 SEI INGENIERÍA ELÉCTRICA DE CONSTRUCCIONES Y MONTAJES, S.A. frente a la adjudicación del contrato de “Suministro de un grupo electrógeno en el Pabellón Dr. Areilza del Hospital Universitario de Basurto”, acordando la retroacción de las actuaciones hasta la efectuar una nueva valoración de su oferta en los términos expresados en el Fundamento de Derecho Noveno.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento prevista en el artículo 45 del TRLCSP.

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

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 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2015eko martxoaren 30a

Vitoria-Gasteiz, 30 de marzo de 2015