



EB 2020/011

Resolución 043/2020, de 26 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa GIROA, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento, conservación con garantía total, renovación y mejora y gestión energética de las instalaciones térmicas y eléctricas de DERIOKO UDAL KIROLDEGIA”, tramitado por el Ayuntamiento de Derio.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 14 de enero de 2020, la empresa GIROA, S.A.U. (en adelante, GIROA) interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi – Kontratuen Inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento, conservación con garantía total, renovación y mejora y gestión energética de las instalaciones térmicas y eléctricas de DERIOKO UDAL KIROLDEGIA”, tramitado por el Ayuntamiento de Derio.

SEGUNDO: El día 15 de enero 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). La citada documentación se recibió el día 20 de enero; con fecha 11 de febrero se recibió también un informe técnico justificativo.



TERCERO: Con fecha 22 de enero se trasladó el recurso a los interesados en el procedimiento, recibándose el día 28 de enero las alegaciones de TECMAN SERVICIOS DE VALOR AÑADIDO, S.L. (en adelante, TECMAN), 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.I.D., 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 supere los 100.000 euros; en este caso, se trata de un contrato mixto sujeto a las normas de adjudicación del contrato de suministro y cuyo valor estimado supera los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Derio tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

El recurso se basa en los siguientes argumentos:

- a) La oferta de la adjudicataria impugnada debió ser excluida porque dentro del documento “Memoria técnica de la prestación” se incluye un planning (“diagrama de Gantt”) que hace deducir claramente la información a incluir en el sobre “C” (criterios de apreciación automática o sujetos a evaluación mediante fórmula) relativa al criterio que valora la reducción del plazo de ejecución de ciertas actuaciones.
- b) El recurrente considera que el criterio automático sujeto a fórmula “Propuesta de precios unitarios de mano de obra: 5 puntos” no ha sido correctamente aplicado; se alega que la interpretación de la Mesa para integrar la fórmula hace que el resultado sea totalmente desvirtuado y la convierte en una fórmula no ajustada a derecho.
- c) GIROA alega que la oferta de TECMAN incumple varios apartados de los pliegos, lo que debió suponer igualmente su exclusión:
 - El “Estudio técnico de las prestaciones P1, P2 y P3: Programa de mantenimiento” no menciona varios aspectos relevantes citados en los pliegos (control de calidad del agua de piscinas, control y prevención de legionelosis e inspección y diagnóstico de la calidad del aire interior).
 - Los paneles de cierre tipo “sandwich” que se solicitaban en los pliegos eran de 50 mm, y la propuesta de TECMAN indica 45 mm.

d) Se alega ausencia de motivación en el informe técnico y en la valoración efectiva de elementos sujetos a juicio de valor; se alega incongruencia con la puntuación finalmente otorgada, que no se han aplicado criterios igualitarios y que no se ha realizado una ponderación ni una valoración comparativa de las ofertas, pues el informe no relaciona unas ofertas con otras. En particular, GIROA apunta deficiencias en la aplicación de epígrafes como la memoria descriptiva que recoja la organización, metodología y estructura de la empresa destinada a la prestación de los servicios, mantenimiento P2, monitorización de contadores, iluminación, aerotermia frontón y piscina descubierta, etc.

e) Finalmente, se solicita:

- (i) la exclusión del adjudicatario por adelantar en el sobre B aspectos concernientes al sobre C o, en su defecto, (ii) la disconformidad a Derecho con la interpretación dada a la fórmula para que sea aplicada conforme a su literalidad y sentido lógico así como, en su caso, (iii) subsidiariamente de no apreciarse lo anterior, si se entiende que el inciso interpretativo de la fórmula hace que la misma sea confusa o no acertada sea anulada la valoración del criterio en su totalidad, con retroacción del expediente al momento anterior a la valoración de ofertas en ambos casos.
- De no ser admitido lo anterior se proceda con la (i) exclusión de la oferta de TECMAN por no cumplir con el Pliego de Prescripciones Técnica (PPT), y subsidiariamente, (ii) la nulidad de la adjudicación con la consiguiente anulación de la licitación al estar basado el acto impugnado en un informe de adjudicación totalmente irregular.

SÉPTIMO: Alegaciones de TECMAN

La adjudicataria se opone a la estimación del recurso por las siguientes razones:

a) TECMAN se ha limitado a cumplir lo especificado en los pliegos de bases de la licitación incluyendo un cronograma de ejecución de cada una de las

propuestas detalladas por actuación y gremios (página 19 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP); la valoración del sobre C se refiere al “Adelanto de la fecha del inicio de la sustitución de equipos previstos en la prestación P4”, mientras el criterio sujeto a juicio de valor habla del “Mejor plan de ejecución o programa de obras”, por lo que no se han desvelado anticipadamente las ofertas.

b) La Mesa de Contratación ha seguido la única interpretación posible del criterio sujeto a fórmula cuya aplicación impugna GIROA.

c) Por lo que se refiere al supuesto incumplimiento del PPT, se alega lo siguiente:

- la oferta de TECMAN incluye los departamentos y medios adscritos al contrato junto con su dedicación global al servicio, indicando la subcontratista con la que se va a contar para Legionella y CAI; además, se cuenta con los servicios de varios técnicos.
- respecto a las inversiones obligatorias, TECMAN no señala en ningún lugar el espesor de los paneles, por lo que se deduce que GIROA ha extraído el dato de del catálogo del fabricante; los equipos aportados en la proposición se han elegido con base en criterios globales de eficiencia y rendimiento.
- respecto a las inversiones voluntarias, se alega lo siguiente:
 - durante la visita a las instalaciones, guiada por un técnico de GIROA, se consultó sobre el recuperador de calor de la piscina y se indicó que únicamente estaba operativo el sistema de control de cloro combinado y cloro in situ, propuesta que GIROA ha incluido en su oferta, en ningún momento se mostró o indicó la existencia de ningún sistema automatizado de recuperación del calor de agua de purgas.

- en cuanto a la aerotermia del frontón y la piscina descubierta, el resultado de comparar un sistema eléctrico frente a uno de gas es aún más favorable, que es el objeto de la propuesta.

d) Por lo que se refiere al reproche de la insuficiente motivación del acto impugnado, se alega que la oferta de TECMAN sí contiene los elementos que justifican su puntuación.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega lo siguiente para oponerse a la impugnación:

- a) La propuesta de calendario de ejecución de obras debía incluirse en el sobre relativo a los criterios discrecionales según exigen expresamente los pliegos; el objeto de este requerimiento era conocer la afección de las obras en el servicio y funcionamiento ordinario del centro; se alega que ambas licitadoras han obtenido la misma puntuación en este apartado (9 puntos) y en la evaluación del criterio automático que puntuaba la reducción de plazo (5 puntos, la máxima).
- b) La fórmula de valoración de los precios unitarios se ha aplicado correctamente; el único propósito de establecer la ficción de que cuando se ofrezca un valor cero la fórmula se calculará con el valor 1 es hacer operativa dicha fórmula. En cualquier caso, el criterio y la fórmula no fueron recurridos en su momento.
- c) El informe técnico que sustenta la adjudicación se considera suficientemente motivado; se adjunta un informe de la empresa que realizó la valoración al no disponer el poder adjudicador de personal propio especializado, el cual señala que no hay incumplimientos del PPT y que la evaluación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor fue correcta.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de los motivos de recurso debe partir del contenido de los pliegos, que rigen la licitación por no haber sido impugnados en tiempo y forma, vinculando a los licitadores y al poder adjudicador:

PLIEGO DE CLAUSULAS ADMINISTRATIVAS DEL CONTRATO DE SERVICIO DE MANTENIMIENTO, CONSERVACIÓN CON GARANTÍA TOTAL, RENOVACIÓN Y MEJORA Y GESTIÓN ENERGÉTICA DE LAS INSTALACIONES TÉRMICAS Y ELÉCTRICAS DE DERIOKO UDAL KIROLDEGIA.

(...)

II. LICITACION

(...)

CLÁUSULA 9.- CRITERIOS DE VALORACIÓN

Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta más ventajosa se atenderá a varios criterios de adjudicación.

La valoración de las ofertas se realizará en atención a la documentación presentada y se regulará en base a una puntuación total máxima de 100 puntos. La adjudicación del concurso se resolverá mediante la valoración ponderada de los siguientes criterios:

1. Criterios cuya valoración dependa de juicio de valor: 50 puntos
2. Criterios valorables de forma automática por aplicación de fórmulas: 50 puntos

Conforme al artículo 146.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, para continuar en el proceso selectivo y ser admitido a la valoración global, se exigirá que en los criterios cuya ponderación dependen de juicios de valor, los licitadores alcancen un umbral mínimo de puntuación, de forma que no sean tenidas en cuenta por la Mesa de Contratación las ofertas cuya puntuación total en los referidos criterios no alcancen el 50% de los puntos máximos otorgables.

9.1 Criterios cuya valoración dependa de juicio de valor:50 puntos

Se valorará la mejor adecuación a los objetivos de los pliegos y al objeto y fin del contrato, así como la claridad, precisión, detalle y coherencia con que las empresas licitadoras describan los contenidos de los documentos técnicos a valorar.

2. Estudio Técnico de las Prestaciones P1, P2 y P3. Se valorará con un máximo de **28 puntos**, con el siguiente reparto:

1. Memoria descriptiva que recoja la organización, metodología y estructura de la empresa para la prestación de los servicios objeto de este contrato. Hasta un máximo de 8 puntos.

2. Programa de mantenimiento preventivo, predictivo y correctivo de las instalaciones y equipos incluidos en el contrato. Periodicidad de las inspecciones, Servicio guardia, etc. Hasta un máximo de 12 puntos.
3. Plan aseguramiento calidad del servicio. Hasta un máximo de 2 puntos.
4. Cualificación profesional de la plantilla en relación al contrato de servicios energéticos y mantenimiento. Hasta un máximo de 1 puntos.
5. Cantidad y calidad de los locales, vehículos y medios auxiliares incluidos en la oferta. Hasta un máximo de 5 puntos.

3. Memoria técnica de la prestación Mejora y Renovación de las Instalaciones consumidoras de energía –P4-. Se valorará con una puntuación máxima de 10 puntos, valorándose:

1. La coherencia de la propuesta y la claridad y precisión de las actuaciones, en particular, el grado de detalle de las características técnicas de los equipos a instalar.
2. Ahorro en el consumo de energía garantizado asociado a las inversiones a realizar.
3. Mejor plan de ejecución o programa de obras.
4. Propuesta de un calendario de ejecución de las obras flexible y adaptado a las necesidades del órgano de contratación.

4. Memoria Técnica de la Prestación de Mejora de la Eficiencia Energética- P5-. Se valorará con una puntuación máxima de **12 puntos**. Se puntuará el mayor ahorro energético y el mejor plan de ejecución o programa de obras.

9.2 Criterios valorables de forma automática por aplicación de fórmulas: 50 puntos

1. Oferta económica: 30 puntos. Se valorarán las ofertas presentadas de modo que a la más baja se le otorgará la máxima puntuación. Las restantes se valorarán de manera proporcional, conforme a la siguiente fórmula:

$$Puntos = \frac{(Puntuación\ máxima \times Oferta\ más\ económica)}{Precio\ de\ la\ empresa\ licitadora\ que\ se\ valora}$$

A la oferta que iguale el presupuesto base de licitación se asignarán CERO (0) puntos.

2. Propuesta de precios unitarios de mano de obra: 5 puntos.

Para las intervenciones que NO están incluidas en las prestaciones de P2 y P3, se tendrán en cuenta los siguientes criterios para realizar la valoración:

	Importe unitario €/h IVA excluido (valores máximos)
HORA EXTRA NORMAL	35
HORA EXTRA NOCTURNA	45
HORA EXTRA FESTIVA	45

Se otorgarán los puntos atendiendo al siguiente criterio:

Se sumarán los precios de los tres importes anteriormente mencionados. La valoración de las diferentes ofertas será según la siguiente fórmula:

$$P_i = \frac{X_{min}}{X_i} \times 5$$

Donde:

Xmin = Menor importe de las empresas licitadoras, obtenido de la suma de cada uno de los importes unitarios anteriores

Xi = Importe de la empresa i

Pi = puntuación obtenida por la empresa i

En el caso de haya ofertas con valor 0 €/hora se tomará como valor el de 1€/hora.

3. Propuesta de reparto de los ahorros que excedan de los garantizados. Hasta un máximo de 10 puntos.

2.1. A la oferta que garantice un mayor porcentaje de reparto de ahorro en electricidad para el Órgano contratante se le otorgarán los 5 puntos, puntuándose el resto de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$P_{LE} = (B_{LE} / B_{ME}) \times 5$$

Donde,

P_{LE}: puntuación correspondiente a la oferta del licitador en electricidad.

B_{LE}: porcentaje de reparto a favor del Ayuntamiento de Derio, del ahorro adicional alcanzado al indicado por el licitador en su oferta, en energía eléctrica (en ningún caso este porcentaje será inferior al 10%).

B_{ME}: porcentaje de reparto del ahorro correspondiente a la oferta más ventajosa en electricidad.

2.2. A la oferta que garantice un mayor porcentaje de ahorro en gas natural para el Órgano contratante se le otorgarán los 5 puntos, puntuándose el resto de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$P_{LG} = (B_{LG} / B_{MG}) \times 5$$

Donde,

P_{LG}: puntuación correspondiente a la oferta del licitador en gas natural.

B_{LG}: porcentaje de reparto a favor del Ayuntamiento de Derio, del ahorro adicional alcanzado al indicado por el licitador en su oferta en gas natural (en ningún caso este porcentaje será inferior al 10%).

B_{MG}: porcentaje de reparto del ahorro correspondiente a la oferta más ventajosa en gas natural.

No serán objeto de valoración aquellas ofertas en las que la participación del Ayuntamiento en los ahorros que excedan de los garantizados sea inferior al 10%.

4. Reducción del plazo de la sustitución de los equipos e instalaciones y cualesquiera otras sustituciones incluidas en la prestación P4 y previstas en el Pliego de Prescripciones Técnicas para la mejora de la eficiencia y ahorro energético: **hasta un máximo de 5 puntos**, a razón de 1 punto por cada semana de reducción.

PLIEGO DE CLÁUSULAS TÉCNICAS DEL CONTRATO DE SERVICIO DE MANTENIMIENTO, CONSERVACIÓN CON GARANTÍA TOTAL, RENOVACIÓN Y MEJORA Y GESTIÓN ENERGÉTICA DE LAS INSTALACIONES TÉRMICAS Y ELÉCTRICAS DE DERIOKO UDAL KIROLDEGIA.

(...)

4.- CONDICIONES TÉCNICAS

(...)

4.3. CONDICIONES A GARANTIZAR

(...)

4.3.4. Condiciones Ambientales y de Confortabilidad.

(...)

Calidad de aire interior: Inspección y diagnóstico de conductos en base a la modificación del RITE del 13 de abril del 2013, según RD 238/2013 establece la obligación con carácter anual por parte de la empresa mantenedora de las instalaciones térmicas de los edificios de las siguientes actuaciones:

- Revisión de la red de conductos según criterio de la norma UNE 100012.
- Revisión de la calidad ambiental según criterios de la norma UNE 171330.

(...)

6.- PRESTACIONES ASEGURADAS POR LA EMPRESA ADJUDICATARIA

(...)

6.2. PRESTACIÓN DE MANTENIMIENTO (P2)

(...)

6.2.11. Control de la Legionella.

El Adjudicatario tendrá la obligación de actuar en la prevención y control de la legionelosis de acuerdo al Real Decreto 8865/2003.

Queda incluido dentro del servicio todas las analíticas necesarias de legionella y de agua de piscinas. (Anexo 2)

(...)

ANEXO 3: OBRAS DE MEJORA Y RENOVACIÓN OBLIGATORIAS DE LAS INSTALACIONES.

(...)

CARACTERISTICAS GENERALES DE LOS EQUIPOS

- Etapas de Filtraje según RITE
- Recuperador
- Batería de calor
- Ventiladores tipo pug-fan
- Paneles de cierre tipo sandwich de 50mm.
- Aislamiento de poliuretano. Puertas de intervención con cierres rápidos.
- Cuadro eléctrico y de control incluido en la climatizadora

A la vista de todo ello, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre los motivos del recurso.

a) Sobre la infracción de la valoración separada

El recurrente considera que la oferta de TECMAN debió ser excluida por incluir en el sobre reservado a los criterios sujetos a juicio de valor datos que anticipan la puntuación que le correspondería en aplicación del criterio de adjudicación sujeto a fórmula “Reducción del plazo de la sustitución de los equipos e instalaciones y cualesquiera otras sustituciones incluidas en la prestación P4 y previstas en el Pliego de Prescripciones Técnicas para la mejora de la eficiencia y ahorro energético”; concretamente, el documento que desvela el dato sería un diagrama de Gantt, aportado para exponer el epígrafe “Propuesta de un calendario de ejecución de las obras flexible y adaptado a las necesidades del órgano de contratación”. A juicio de este Órgano, este motivo de recurso debe desestimarse por las razones contenidas en los siguientes epígrafes.

- a 1) Doctrina general sobre la finalidad y el alcance de la valoración separada de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y los sujetos a evaluación mediante fórmulas.

El artículo 146.2 de la LCSP establece que, en todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas (usualmente conocidos como “criterios automáticos”) se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello; asimismo, el artículo 26

del Reglamento de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto 817/2009, prevé que la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos (ver también los párrafos 2 y 3 del artículo 30 del mismo Reglamento).

Sobre esta cuestión, este OARC / KEAO ha sostenido en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 19/2020) 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, consciente o inconscientemente, 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 materialmente 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).

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

El diagrama de Gantt contiene información sobre los plazos en los que van a realizarse diversas actuaciones, la cual es también determinante para la aplicación del mencionado criterio de adjudicación sujeto a fórmula y permite anticipar el resultado de esta última; a estos efectos, es irrelevante que coincidan o no los datos aportados en uno y otro sobre, pues la anticipación ilícita de la información y, por lo tanto, el efecto perturbador para la objetividad de la evaluación que el sistema pretende preservar se produce desde el momento en el que quien evalúa los aspectos sujetos a juicio de valor tiene una impresión previa de lo que la oferta puede conseguir aplicando los criterios automáticos, que es precisamente lo que la valoración separada quiere impedir.

a 3) Sobre el contenido de los pliegos y el principio de transparencia

Lo señalado en el epígrafe anterior llevaría, en principio, a la exclusión de la oferta del adjudicatario. Sin embargo, como bien señalan TECMAN y el poder adjudicador, el apartado 9.1.3.4 del PCAP valora la “propuesta de un calendario de ejecución de las obras flexible y adaptado a las necesidades del órgano de contratación”. Además, el apartado 8 del PCAP (páginas 14 y 15) solicita un documento con un “programa concreto en el que se refleje un calendario con la señalización exacta del momento de cada inversión”; es muy difícil imaginar cómo es posible atender este requerimiento documental sin desvelar la reducción de plazos de la sustitución de equipos a la que se refiere el apartado 9.2.4 del PCAP. En resumidas cuentas, los pliegos contienen una contradicción al exigir dos requisitos cuyo cumplimiento simultáneo supone la infracción de una norma imperativa de la LCSP; además, la documentación contractual no contiene una mención especial que avise a los licitadores de este problema, y tampoco se preocupa de arbitrar algún sistema de presentación de la documentación que pueda solucionarlo.

Llegados a este punto, parece desproporcionado y contrario al principio de transparencia excluir la oferta de un licitador que ha infringido la valoración separada precisamente por cumplir lo requerido en los pliegos por el órgano de contratación. Debe recordarse que la transparencia es, entre otras cosas, una obligación del poder adjudicador que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara,

precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma (ver, por ejemplo, la Resolución 68/2018 del OARC / KEAO y la jurisprudencia europea que en ella se cita). Dado que el poder adjudicador ha incumplido este deber estableciendo unos requisitos difícilmente compatibles con la LCSP incluso para un licitador no ya normalmente atento, sino incluso para el especialmente avezado, no cabe trasladar al adjudicatario la carga de que diseñe una forma de presentación que, a la vez, satisfaga las exigencias de los pliegos y respete la valoración separada de las proposiciones. En este sentido, es oportuno recordar el principio jurídico que impide que la oscuridad de una estipulación pueda perjudicar a quien no es responsable de ella (ver, por todas, la Resolución 120/2017 del OARC / KEAO y el artículo 1288 del Código Civil), especialmente si se tiene en cuenta que ni siquiera se trata de una cláusula insertada en un contrato bilateral ya perfeccionado, sino de las bases de un procedimiento elaboradas únicamente por el órgano de contratación y cuya finalidad es precisamente la selección de la contraparte del negocio jurídico. Consecuentemente, el motivo de impugnación debe desestimarse.

b) Sobre los incumplimientos del PPT

El recurso alega que la oferta de TECMAN incumple el PPT en varios apartados, lo que debería suponer su exclusión.

- b 1) Sobre la falta de mención en la oferta del adjudicatario de varios aspectos citados en los pliegos (Estudio técnico de las prestaciones P1, P2 y P3: Programa de mantenimiento)

Se reprocha a TECMAN la falta de mención a los aspectos objeto de los epígrafes 4.3.4 “Calidad de aire interior” y 6.2.11 “Control de la legionella”. Este motivo de impugnación debe desestimarse. En primer lugar, es doctrina reiterada de este Órgano que, dado que la presentación de la oferta ya supone la aceptación incondicionada por el empresario de la totalidad del contenido de los pliegos (artículo 139.1 de la LCSP), no es necesario que la oferta incluya una aceptación

o mención expresa de todos y cada uno de los apartados de la documentación contractual, salvo que los propios pliegos lo exijan (ver, por todas, su Resolución 21/2019); cuestión distinta es si la oferta incluyera un contenido frontalmente contrario a las bases de la licitación, lo que no se alega ni acredita. Por otro lado, no cabe excluir una proposición por no incluir una obligación que los pliegos exigen al adjudicatario como parte de los compromisos que debe cumplir durante la ejecución del contrato y no al licitador como parte del contenido de su oferta, sin perjuicio de las consecuencias que su hipotético incumplimiento pudiera tener en su día (penalizaciones, resolución contractual...).

b 2) Sobre los “paneles de cierre tipo sándwich de 50 mm”

GIROA alega que los paneles de cierre tipo “sandwich” que se solicitaban en el PPT (Anexo 3 “Obras de mejora y renovación obligatorias de las instalaciones. Inversión nº1 Sustitución de climatizadoras”, página 29) debían ser de 50 mm, y la propuesta de TECMAN indica 45 mm. Este motivo debe ser desestimado. Revisada la oferta de TECMAN (páginas 2 a 6 del Estudio Técnico de las Prestaciones P4) no consta ninguna mención al grosor que es objeto del recurso, ni tampoco GIROA especifica dónde la hay. Consecuentemente, no hay ninguna discrepancia entre la proposición de la adjudicataria impugnada y el PPT, sin perjuicio de que se trate de una prescripción que deba cumplirse durante la ejecución del contrato.

c) Sobre la aplicación del criterio sujeto a fórmula “Propuesta de precios unitarios de mano de obra: 5 puntos”

El recurrente alega la incorrecta aplicación del mencionado criterio. Este motivo de impugnación debe rechazarse, de acuerdo con la doctrina reiteradamente mantenida por este Órgano (ver, por ejemplo, su Resolución 21/2020). El criterio cuya aplicación se debate se incluye en los pliegos en la categoría de “valorables de forma automática mediante aplicación de fórmulas”, es decir, uno de los descritos en el artículo 146.2 de la LCSP como los que se refieren 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 (aunque a veces hay también alguna expresión en lenguaje literario, lo que es aceptable si no hay ambigüedad que desvirtúe el automatismo de la aplicación) 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). Una vez que uno de estos criterios se establece en unos pliegos firmes y consentidos, vincula al poder adjudicador y a los participantes en la licitación. Esta vinculación no solo implica respetar en el procedimiento de adjudicación el contenido del criterio, sino también su misma condición de criterio sujeto a fórmula, igualmente fijada en la documentación contractual. Consecuentemente, la sola clasificación del criterio como automático tiene la consecuencia de la prohibición radical de que en su aplicación el órgano de contratación pueda introducir ningún elemento subjetivo o juicio discrecional o valorativo, con el correlativo efecto 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 (ver la Resolución 12/2020 del OARC / KEAO).

Con base en este punto de partida, este Órgano entiende que la pretensión debe desestimarse por los motivos que se exponen a continuación:

- 1) La aplicación de la fórmula realizada por el poder adjudicador se resume en el siguiente cuadro:

ACTA DE LA MESA DE CONTRATACIÓN DEL 31 DE OCTUBRE DE 2019 PARA LA APERTURA DE SOBRE C PROPOSICIÓN ECONÓMICA

(...)

Precios unitarios mano de obra (hasta 5 puntos)

EMPRESA	HORA EXTRA NORMAL	HORA EXTRA NOCTURNA	HORA EXTRA FESTIVA	TOTAL SUMA TRES IMPORTES	PUNTUACIÓN
GIROA	0,01€/h	0,01€/h	0,01€/h	0,03€/h	1,67 puntos
TECMAN	0 €/h	0 €/h	0,01€/h	0,01€/h	5 puntos

2) El pliego establece que “En el caso de que haya ofertas con valor 0 € / hora se tomará como valor el de 1 € / hora”; dado que ninguna de las dos ofertas presentadas tiene valor 0, no ha habido lugar a aplicar dicha cláusula, por lo que la operación es correcta. A juicio de este Órgano, no puede entenderse que el requerimiento de convertir el importe 0 en el importe 1 se refiera a cada uno de los tres precios unitarios y no a la suma de todos ellos, pues no es eso lo que se desprende de la literalidad de los pliegos, única guía posible para la aplicación del criterio. Debe tenerse en cuenta que la estipulación debatida se sitúa al final de la descripción de la fórmula, en la que solo cuenta el precio global, y no referida a las menciones a los precios unitarios.

d) Sobre la insuficiente motivación de la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor

GIROA considera que no hay motivación suficiente en el informe técnico que sustenta la adjudicación y en la valoración efectiva de elementos cuya evaluación depende de un juicio de valor.

Por lo que se refiere a la discrecionalidad técnica, debe señalarse que supone que el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto, debiendo en cambio verificarse el respeto a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho. Los citados límites impiden la fiscalización del llamado “núcleo material de la decisión” (el estricto juicio o dictamen técnico), pero no el de sus “aledaños”, que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recurso

950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 209/2019 del OARC / KEAO). Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la adjudicación para cumplir las funciones que la LCSP le encomienda, como posibilitar a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP) y facilitar a este Órgano el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador, se ha pronunciado el OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 117/2019). En síntesis, la motivación debe expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás; una vez satisfechos estos requisitos, no hay obligación de que la motivación se ajuste a un esquema formal concreto.

Una vez delimitado así el alcance del control que este Órgano puede ejercer, y contrastados los citados principios con el caso analizado, se considera que el motivo de recurso debe estimarse por las siguientes razones:

- 1) En general, se observa que el informe técnico que justifica la adjudicación (y en consecuencia, la propuesta de la Mesa, que lo asume limitándose a añadir las puntuaciones) casi no contiene menciones a los aspectos concretos de las ofertas y utiliza descripciones prácticamente idénticas para evaluar las dos presentadas, sin utilizar expresiones valorativas razonadas que indiquen el juicio que las ofertas le merecen. Debe tenerse en cuenta que la aplicación de los criterios de adjudicación implica la comparación entre ofertas (ver, por ejemplo, la Resolución 68/2013 del OARC / KEAO), función que apenas se vislumbra en el informe, excesivamente genérico, sobre todo si se pone en relación con la complejidad de la prestación, la extensión y el alcance de la documentación presentada por los licitadores y el detalle con el que los pliegos establecen los criterios de adjudicación. En algunos casos, esta irregularidad (que, como se ha dicho, afecta también a la Mesa, que atribuye las puntuaciones) llega hasta el punto de infringir los límites de la discrecionalidad técnica, especialmente, el principio de igualdad de trato

(artículo 1.1 de la LCSP), que impide otorgar la misma puntuación a proposiciones que tienen aspectos ventajosos distintos, así como el requisito de que la motivación argumente por qué la aplicación del criterio conduce a la puntuación concedida; en particular, se observa lo siguiente:

- en el epígrafe “Memoria descriptiva que recoja la organización, metodología y estructura de la empresa destinada a la prestación de servicios” la adjudicataria obtiene un punto más que la recurrente (8-7). La motivación aportada por el informe técnico para ambas ofertas es la misma, con la salvedad de que, en el caso de GIROA, se valora positivamente “la amplia estructura de apoyo, así como el centro de control” y en el caso de TECMAN, se valora positivamente “la dedicación del técnico de mantenimiento, ampliando lo estipulado en el pliego.” Ambas ofertas son, a juicio del informante, idénticas, salvo por los dos aspectos favorables que la distinguen; sin embargo, no se justifica, con un juicio valorativo, la diferente puntuación otorgada.
 - la puntuación de las dos ofertas en el epígrafe “Memoria técnica de la prestación Mejora y Renovación de las instalaciones consumidoras de energía P4” es la misma (9 puntos sobre 10 posibles). Por su parte, la motivación del informe técnico es idéntica excepto en dos apartados: mientras en la proposición de GIROA “la memoria técnica es coherente y completa”, en la de TECMAN es tan solo “coherente”; además, el informe comenta de modo diferente la planificación de las inversiones, pero sin justificar si valora más la planificación separada de cada inversión (GIROA) o la conjunta (TECMAN); tan solo se explica en este último caso que se considera “correcta”, lo que no dice nada acerca del valor añadido que la propuesta aporta a los mínimos fijados en los pliegos.
- 3) La valoración de la “Memoria técnica de la prestación Mejora de la eficiencia energética” no se ajusta a los pliegos de la licitación, que especifican que, en este criterio “se puntuará el mayor ahorro energético y el mejor plan de ejecución o programa de obras”. El informe técnico no hace ninguna mención a los citados planes de ejecución o programas, infringiendo así el fondo reglado

del criterio y rebasando los márgenes de apreciación propios de la discrecionalidad técnica. Además, aunque el criterio no está configurado como automático, es decir, como evaluable en términos puramente numéricos, parece que el hecho de que premie “el mayor ahorro energético” obliga a hacer un cierto esfuerzo de motivación para determinar dicho ahorro; el informe apenas tiene referencias al respecto, pues opta por una valoración casi totalmente cuantitativa, basada sobre todo en el número de medidas propuestas. Finalmente, se ha optado por puntuar especialmente las medidas propuestas ya recogidas en un informe previo, sin llegar a justificarse por qué este solo hecho les otorga más valor en los aspectos que el criterio pide identificar.

e) Conclusión

La estimación del motivo analizado en el apartado d) anterior conlleva la cancelación de la licitación; debe tenerse en cuenta que ya no es posible la evaluación separada de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y la de los evaluables mediante fórmulas, como pide el artículo 146.2 de la LCSP, por lo que no cabe la retroacción de actuaciones (ver, por ejemplo, la Resolución 28/2016 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 empresa GIROA, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento, conservación con garantía total, renovación y mejora y gestión energética de las instalaciones térmicas y eléctricas de DERIOKO UDAL

KIROLDEGIA”, tramitado por el Ayuntamiento de Derio, anulando el acto impugnado y cancelando la licitación.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que informe a este Órgano de las actuaciones 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 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2020ko otsailaren 26a

Vitoria-Gasteiz, 26 de febrero de 2020