

Recurso 33/2023
Resolución 74/2023
Sección tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 3 de febrero de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **NOBILIS INGENIERÍA CIVIL, S.L.**, contra la adjudicación del contrato denominado “Contrato mixto de suministro e instalación de fotovoltaica y acondicionamiento de cuadros eléctricos”, (Expte. PS_2022_004), promovido por la Fundación Centro de Excelencia en Investigación de Medicamentos Innovadores en Andalucía Medina, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 10 de noviembre de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato asciende a 210.000 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento, se encontraba la ahora recurrente.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, (en adelante LCSP) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Tras la tramitación del procedimiento de licitación, la Gerencia del Patronato de la Fundación, con fecha 21 de diciembre de 2022, resuelve adjudicar el contrato indicado en el encabezamiento, a la empresa IELO PROYECTOS E INSTALACIONES S.L. (en adelante la adjudicataria, o IELO). Con fecha de 22 de diciembre de 2022, se publicó en el perfil de contratante la adjudicación del contrato.

SEGUNDO. El 17 de enero de 2023 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad NOBILIS INGENIERIA CIVIL SL, (en adelante la recurrente, o NOBILIS), contra el acto de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento.

El presente recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano. Igualmente se ha requerido en dos ocasiones documentación e información complementaria que ha sido remitida por la entidad adjudicadora.

Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido, en el plazo concedido para ello, las presentadas por la licitadora TESLA ENERGY SALCEDO S.L. (en adelante TESLA).

Por último y con fecha de 30 de enero de 2023, ha tenido entrada en este Tribunal escrito remitido por la Fundación Centro de Excelencia en Investigación de Medicamentos Innovadores en Andalucía Medina (en adelante, la Fundación Medina), mediante el que se informa de los siguientes hechos: *«Nos es necesario comunicar que en este procedimiento existe una práctica concertada o conscientemente paralela entre 2 licitadores (NOBILIS INGENIERIA CIVIL S.L. y TESLA ENERGY SALCEDO S.L.), lo que puede tener por objeto el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.»*. Se relaciona en el citado escrito la relación de indicios de prácticas colusorias, que a juicio del órgano de contratación, *«demuestran que se trata de empresas vinculadas, con una actuación concertada entre ambas y por lo tanto vulneran la libre competencia en este procedimiento de contratación.»*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

La primera cuestión que debe ser objeto de análisis es la relativa a la competencia de este Tribunal para conocer del presente recurso pues la Fundación Medina no constituye una de las entidades que integran el sector público andaluz, ámbito ordinario propio de competencia de este Tribunal de conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el artículo 1.1 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

De conformidad con la documentación e información aportada al expediente por la Fundación Medina, el Patronato de la misma está integrado por los siguientes nueve miembros:

«Dos miembros designados por el/la titular de la Consejería de Salud y Consumo de la Junta de Andalucía

Dos miembros designados por el/la titular de la Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía

Un miembro designado por el/la Rector/a de la Universidad de Granada

Cuatro miembros designados por la entidad privada Merck, Sharp & Dohme de España S.A.»

El artículo 3 de la LCSP al regular el ámbito subjetivo de la Ley dispone, en su apartado 1 letra e) subapartado 3º, lo siguiente: *« e) Las fundaciones públicas. A los efectos de esta Ley, se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos:*

(...)

3º Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público.»

Por tanto, la fundación Medina, a los efectos de la LCSP, cuenta con la consideración de fundación pública dado que de los nueve miembros actuales de su Patronato cuatro de ellos pertenecen a la Administración de la Junta de Andalucía y el quinto a una Universidad pública, y ambas entidades forman parte del sector público de conformidad con lo dispuesto en el referido artículo 3.1 de la LCSP, letras a) y c).

Además de ello se deduce que la Fundación Medina es un poder adjudicador según lo previsto en el artículo 3 de la LCSP, apartado 3 b), que dispone que se consideran poderes adjudicadores, a efectos de la LCSP, a *«Las fundaciones públicas.»*



Respecto del órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación para los poderes adjudicadores no Administración pública (PANAP), el artículo 47.1 de la LCSP señala que *«1. Cuando se trate de los recursos interpuestos contra actos de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, la competencia estará atribuida al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido.*

Si la entidad contratante estuviera vinculada con más de una Administración, el órgano competente para resolver el recurso será aquel que tenga atribuida la competencia respecto de la que ostente el control o participación mayoritaria y, en caso de que todas o varias de ellas, ostenten una participación igual, ante el órgano que elija el recurrente de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado.».

Por lo tanto, ha de entenderse que este Tribunal es competente para el conocimiento del presente asunto. En primer lugar, porque es el órgano competente para conocer de los asuntos tanto de la Administración de la Junta de Andalucía, como de la Universidad de Granada, entidades a las que pertenecen cinco de sus patronos. Pero es que, además, el recurso fue presentado mediante escrito dirigido a este Tribunal y en el registro del mismo, por lo que no cabe duda de la intención de la recurrente de elegir a este Órgano como competente en los términos del artículo 47.1 de la LCSP, de lo que se deduce que la resolución del presente recurso es competencia de este Tribunal.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto se recurre la adjudicación de un contrato de suministro, según consta en el PCAP, con un valor estimado superior a cien mil euros, y convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador. Por lo que, contra el citado acto cabe recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

La adjudicación del contrato fue publicada en el perfil de contratante el 22 de diciembre de 2022, por lo que aun no obrando en el expediente remitido acreditación de la notificación a la entidad recurrente de dicho acuerdo, el recurso presentado el 17 de enero de 2023 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

En su recurso, NOBILIS, solicita a este Tribunal que: *«1. Revoque, mediante nulidad o subsidiariamente anulabilidad el acuerdo de la Sesión celebrada el 21 de diciembre de 2021 por cuya virtud se acuerda la adjudicación de contratación con número de expediente PS_2022_004 a IELO Proyectos e Instalaciones S.L.*



II. No se tengan en cuenta para la valoración las mejoras sobre las peticiones mínimas en la propuesta técnica, puesto que en ningún momento han sido publicadas su valoración.

III. Se subsane el error en la suma de los puntos de las valoraciones realizadas en el acta.».

Como fundamento de su pretensión la recurrente, en primer lugar, argumenta que en la presente licitación los criterios para la adjudicación del contrato fueron determinados por el órgano de contratación en el apartado 15 del Cuadro Resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), afirma que para la valoración de las ofertas y adjudicación del contrato se han tenido en cuenta mejoras, no previstas en el citado apartado del PCAP, actuación que considera contraria a la legislación sobre contratación pública.

Cita diversas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), de cuyo contenido subraya los requisitos mínimos que han de concurrir para la valoración de las mejoras, de entre los que destaca, mediante subrayado, que las mejoras deben delimitarse en los pliegos y en los anuncios de licitación, y con ponderación de las mismas. Considera la recurrente que tales *«delimitaciones y requisitos no se dan en el presente proceso.»*

En segundo lugar, la recurrente aduce que se ha producido también una errónea valoración en la puntuación otorgada a la oferta adjudicataria que expresa en los siguientes términos: *«Además, en la suma de puntos del Acta, la empresa ganadora (la única con mejoras) tiene 10 puntos por mejoras y en el 2º punto, dimensionado de cableado, tiene concedidos 5 puntos, le quitan -2 por no presentar ficha técnica, pero no se los restan del total de la suma.»*

Tras todo lo expuesto concluye que en la tramitación de la presente licitación: *«se han producido irregularidades en la adjudicación del contrato que, a nuestro juicio y salvo mejor criterio de este Tribunal, supondrían la invalidación del acto recurrido por lo que deberá ser anulado en base a los hechos y fundamentación jurídica indicada en el presente escrito.»*

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso relaciona las principales actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento de licitación, de entre las que cabe señalar, en lo que aquí interesa, las siguientes:

«Tras recibir las respuestas de los licitantes se realizó el informe técnico de valoración incluyendo las aclaraciones solicitadas a los licitantes. En dichas respuestas a los requerimientos, uno de los ofertantes incorporó mejoras a la oferta, lo cual en ponderación técnica ha resultado decisivo para adjudicarlo a dicho ofertante.

La valoración técnica se realiza sobre 4 puntos:

- Mejoras sobre las peticiones mínimas en la propuesta técnica*
- Dimensionado de la sección de los cables de CC de la instalación y ficha técnica de los cables empleados*
- Diagrama con el cronograma de montaje y ejecución y descripción de las empresas, en el caso de subcontratar algún trabajo*
- Descripción y ficha técnica de las diferentes protecciones para cumplir el reglamento de baja tensión y módulo antivertido*

La valoración de las diferentes empresas aparece en el informe técnico emitido en fecha 19 de diciembre.»

Por otro lado la Fundación Mediana en su informe afirma que concurre mala fe en la interposición del presente



recurso. Fundamenta tal afirmación en la siguiente alegación: *«Las ofertas presentadas por las empresas NOBILIS y TESLA ENERGY SALCEDO aparentan ser copia la una de la otra, a lo que debemos añadir que tras pedir informes sobre dichas empresas resultan compartir administrador único, D. D.S.R., los dos licitantes, lo cual podría llevar a pensar que se trate de los mismos recursos técnicos y humanos presentados desde diferentes entidades jurídicas, y por tanto no arroja transparencia acerca de la capacidad técnica real de cada empresa licitante.*

Las ofertas técnicas presentadas por ambas empresas presentaban las mismas carencias. Se puede ver por los documentos de subsanación solicitados a ambas empresas son similares (doc 8 y doc 10). Dichas carencias, incluso podrían haber sido motivo de exclusión del concurso al no reunir los requisitos mínimos establecidos:

- La instalación propuesta inicialmente no cumplía la potencia mínima requerida*
- La escalera propuesta no cumplía con la altura necesaria a salvar*
- Los cables de corriente no cumplían con los requisitos demandados al no estar dimensionados para la instalación requerida.*

Analizando la oferta técnica como la oferta económica presentada se puede ver que el oferta con las 2 empresas de las que es administrador único un precio anormalmente bajo (cerca del 20%) y por tanto casi en el umbral de “Oferta Anormalmente BAJA”, y en cualquier caso renunciando al posible margen que pudieran tener, lo cual transmite inseguridad acerca de la calidad de los materiales y herramientas empleados, y condiciones de trabajo del personal que además debe trabajar en condiciones altura e intemperie.»

Por último, y mediante escrito remitido a este Tribunal el pasado 30 de enero, la Fundación Medina denuncia, en los términos concretados en los antecedentes de hecho de esta Resolución, la existencia de indicios de prácticas colusorias entre las dos mercantiles referidas y en base a lo cual solicita a este Órgano que *«analice las consideraciones planteadas en este escrito y proceda a excluir las ofertas presentadas por NOBILIS INGEIERIA CIVIL S.L. y TESLA ENERGY SALCEDO S.L. de este procedimiento.»*

3. Alegaciones de la entidad interesada.

Por último, la entidad TESLA se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente, y formula su alegación en los siguientes términos: *«Tras revisar el motivo del recurso presentado por una de las empresas ofertantes se ha observado que:*

- 1. Efectivamente se comprueba que la suma es errónea*
- 2. Se han valorado unas mejoras no contempladas en el pliego*

Por lo que desde Tesla Energy Salcedo S.L. entendemos que sería conveniente hacer públicas el resto de ofertas presentadas y puntuar de nuevo y correctamente las valoraciones.»

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

La controversia que el presente recurso plantea se centra en la determinación de si la valoración efectuada por el órgano de contratación del criterio de adjudicación evaluable mediante un juicio de valor supuso, como mantiene la empresa recurrente, la valoración de mejoras no previstas inicialmente en el PCAP.

Pues bien, con carácter previo al análisis de la cuestión planteada, se ha de partir de lo expuesto en el PCAP respecto del criterio de adjudicación objeto de controversia.



La cláusula 14 del PCAP, al regular los criterios para la valoración de las ofertas, y en lo que aquí interesa, dispone: «Los criterios que han de servir de base para la adjudicación de este contrato se determinarán por el Órgano de Contratación y se detallarán en el anuncio y en este Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en concreto se enumerarán con la ponderación que se le atribuye a cada uno de ellos en el APARTADO 15 del Cuadro-Resumen).».

Los criterios de valoración de las proposiciones se regulan en el apartado 15, del Anexo I del PCAP, denominado “Cuadro Resumen de características del contrato”, en los siguientes términos:

«15. CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS PROPOSICIONES

15.1 CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR: HASTA 25 PUNTOS (25%)

- Hasta 25 puntos: la descripción del suministro con arreglo a la memoria descriptiva y garantía presentada sobre las características mínimas exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

15.2 CRITERIOS EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA O MEDIANTE FÓRMULAS: HASTA 75 PUNTOS (75%)

- Oferta económica: Hasta 75 puntos (...).».

Señalar igualmente que en el apartado 13, del Anexo I del PCAP, regula el contenido de la memoria descriptiva en los siguientes términos:

«13. DOCUMENTACIÓN A INCLUIR EN EL SOBRE “2”

- Memoria descriptiva del suministro e instalación
- Documento resumen con el planteamiento de instalación de la placa fotovoltaica, cuadros eléctricos y escalera de acceso. Recomendable incluir un planing con los tiempos necesarios
- Memoria de los productos suministrados que cumplan las características de composición, diseño y calidad mínimas que se especifican en el Pliego de prescripciones técnicas añadiendo toda la información que estime conveniente para conocer y calificar con detalle el valor técnico de la oferta, pudiendo acompañarse del catálogo o muestras/descripción detallada de cada uno/a de los modelos, describiendo la calidad, variedad, originalidad. En el caso de presentarse muestras se valorará la calidad y cumplimiento de características técnicas, funcionales y estéticas de los bienes ofertados. Se tendrá en cuenta con especial detalle las características del suministro incluidas en la oferta y que se califican como recomendables según el pliego técnico
- Duración de la garantía

Para valorar adecuadamente la descripción del suministro es fundamental que la propuesta sea clara y no dé lugar a ambigüedades.».

Además y para una mejor comprensión del asunto interesa traer a colación las siguientes actuaciones llevadas a cabo durante la tramitación de la presente licitación, y relacionadas con la valoración de las ofertas.

Con fecha 19 de diciembre se emite informe técnico de valoración de las ofertas presentadas a la licitación por las cuatro entidades licitadoras. El citado informe incorpora explicación de cómo se van a distribuir los 25 puntos previstos en el PCAP para la valoración máxima del citado criterio de adjudicación sometido a juicio valor, expresándose en los siguientes términos:

«Criterios de Valoración de las proposiciones

La ponderación de los criterios sometidos a juicio de valor se efectuará hasta un máximo de 25 puntos (25%) con arreglo a las características mínimas descritas según lo especificado en el Pliego de Descripciones Técnicas.



- 1. Hasta 10 puntos: Mejoras sobre las peticiones mínimas en la propuesta técnica.
- 2. Hasta 5 puntos: Dimensionado de la sección de los cables de CA de la instalación y ficha técnica de los cables empleados.
- 3. Hasta 5 puntos: Diagrama con el cronograma de montaje, ejecución y descripción de las empresas, en el caso de subcontratar algún trabajo.
- 4. Hasta 5 puntos: Descripción y ficha técnica de las diferentes protecciones para cumplir el reglamento de baja tensión y modulo antivertido.
- 5. Hasta 5 puntos: Instalación sistema anticaída para los trabajos de instalación, garantías y mantenimiento incluidos.

Evaluación

Las cuatro empresas presentadas cumplen con los requisitos técnicos exigidos para el suministro e instalación de sistemas de climatización de emergencia.

Las empresas son evaluadas según los criterios sometidos a juicio de valor evaluando la propuesta ofertada para llevar a cabo suministro e instalación de fotovoltaica y acondicionamiento de cuadros eléctricos para la Fundación centro de Excelencia en Investigación de Medicamentos Innovadores en Andalucía (MEDINA). La valoración se hace teniendo en cuenta los puntos descritos en el apartado anterior.

TESLA ENERGY SALCEDO S.L.

<i>Criterios</i>	<i>Máxima puntuación</i>	<i>Puntuación Asignada</i>	<i>Observaciones</i>
<i>1. Mejoras sobre las peticiones mínimas en la propuesta técnica.</i>	<i>10 puntos</i>	<i>0 puntos</i>	<i>No aporta mejoras sobre las peticiones mínimas</i>
<i>2. Dimensionado de la sección de los cables de CC de la instalación y ficha técnica de los cables empleados.</i>	<i>5 puntos</i>	<i>2 puntos</i>	<i>Cable de sección 6 mm Cu. (-1 puntos, no propone cable de 10mm). No aporta documentación del cable propuesto (-2 puntos)</i>
<i>3. Diagrama con el cronograma de montaje, ejecución y descripción de las empresas, en el caso de subcontratar algún trabajo</i>	<i>5 puntos</i>	<i>3 puntos</i>	<i>Aporta planificación detalla. No hay información de subcontratas (-2 puntos)</i>
<i>4. Descripción y ficha técnica de las diferentes protecciones para cumplir el reglamento de baja tensión y modulo antivertido.</i>	<i>5 puntos</i>	<i>0 puntos</i>	<i>No hay información, ni de protecciones usadas ni módulo antivertido usado.</i>
<i>TOTAL</i>	<i>25 puntos</i>	<i>5 puntos</i>	

NOBILIS INGENIERÍA CIVIL S.L.



<i>Criterios</i>	<i>Máxima puntuación</i>	<i>Puntuación Asignada</i>	<i>Observaciones</i>
1. Mejoras sobre las peticiones mínimas en la propuesta técnica.	10 puntos	0 puntos	No aporta mejoras sobre las peticiones mínimas
2. Dimensionado de la sección de los cables de CC de la instalación y ficha técnica de los cables empleados.	5 puntos	2 puntos	Cable de sección 6 mm Cu. (-1 puntos, no propone cable de 10mm). No aporta documentación del cable propuesto (-2 puntos)
3. Diagrama con el cronograma de montaje, ejecución y descripción de las empresas, en el caso de subcontratar algún trabajo	5 puntos	3 puntos	Aporta planificación detalla. No hay información de subcontratas (-2 puntos)
4. Descripción y ficha técnica de las diferentes protecciones para cumplir el reglamento de baja tensión y modulo antivertido.	5 puntos	0 puntos	No hay información, ni de protecciones usadas ni módulo antivertido usado.
TOTAL	25 puntos	5 puntos	

IELO PROYECTOS E INSTALACIONES S.L.

<i>Criterios</i>	<i>Máxima puntuación</i>	<i>Puntuación Asignada</i>	<i>Observaciones</i>
1. Mejoras sobre las peticiones mínimas en la propuesta técnica.	10 puntos	10 puntos	Aporta como mejoras sobre las peticiones mínimas 2 años de mantenimiento de la instalación.
2. Dimensionado de la sección de los cables de CC de la instalación y ficha técnica de los cables empleados.	5 puntos	5 puntos	Cable de sección 6 a 10 mm Cu. Aporta ficha técnica de los cables que ha propuesto CA y CC. No aporta documentación del cable propuesto (-2 puntos)
3. Diagrama con el cronograma de montaje, ejecución y descripción de las empresas, en el caso de subcontratar algún trabajo	5 puntos	3 puntos	Aporta planificación detalla. No hay información de subcontratas (-2 puntos).
4. Descripción y ficha técnica de las diferentes protecciones para cumplir el reglamento de baja tensión y modulo antivertido.	5 puntos	5 puntos	Describe el elemento propuesto. Aporta fichas técnicas de las protecciones usadas y del módulo antivertido.
TOTAL	25 puntos	23 puntos	



<i>Criterios</i>	<i>Máxima puntuación</i>	<i>Puntuación Asignada</i>	<i>Observaciones</i>
<i>1. Mejoras sobre las peticiones mínimas en la propuesta técnica.</i>	<i>10 puntos</i>	<i>0 puntos</i>	<i>No aporta mejoras sobre las peticiones mínimas</i>
<i>2. Dimensionado de la sección de los cables de CC de la instalación y ficha técnica de los cables empleados.</i>	<i>5 puntos</i>	<i>5 puntos</i>	<i>Cable de sección 6 a 10 mm Cu. Aporta documentación del cable propuesto.</i>
<i>3. Diagrama con el cronograma de montaje, ejecución y descripción de las empresas, en el caso de subcontratar algún trabajo</i>	<i>5 puntos</i>	<i>5 puntos</i>	<i>Aporta planificación detalla. Describe la información de subcontratas que propone emplear.</i>
<i>4. Descripción y ficha técnica de las diferentes protecciones para cumplir el reglamento de baja tensión y modulo antivertido.</i>	<i>5 puntos</i>	<i>3.5 puntos</i>	<i>Describe los elementos propuestos. No aporta fichas técnicas ni de protecciones usadas (-1.5 puntos). Aporta fichas técnicas del módulo antivertido usado</i>
TOTAL	25 puntos	13.5 puntos	

La mesa de contratación en su sesión del 19 de diciembre de 2022, tras tener conocimiento del contenido del informe técnico de valoración sobre los criterios basados en juicio de valor, asume el contenido del mismo.

Con fecha 21 de diciembre de 2022, el órgano de contratación en un documento denominado “Acta de valoración de ofertas y adjudicación provisional”, tras reproducir el contenido antes referido, sobre valoración de las ofertas técnicas y apertura de las ofertas económicas, concluye en los siguientes términos:

«3- Valoración global de las ofertas y Propuesta de adjudicación al Órgano de Contratación de Fundación MEDINA

La valoración global de las propuestas presentadas es la siguiente:

<i>Empresa</i>	<i>Propuesta económica</i>	<i>Puntos parte técnica</i>	<i>Puntos parte económica</i>	<i>Total puntos</i>
<i>IELO PROYECTOS E INSTALACIONES S.L.</i>	<i>204.800,00 €</i>	<i>23,00</i>	<i>61,22</i>	<i>84,22</i>
<i>NOBILIS INGENIERÍA CIVIL S.L.</i>	<i>167.160,00 €</i>	<i>5,00</i>	<i>75,00</i>	<i>80,00</i>
<i>TESLA ENERGY SALCEDO S.L.</i>	<i>172.620,00 €</i>	<i>5,00</i>	<i>72,63</i>	<i>77,63</i>
<i>EIFFAGE ENERGIA S.L.U.</i>	<i>204.879,57 €</i>	<i>13,50</i>	<i>61,19</i>	<i>74,69</i>



De las actuaciones expuestas se constata que en la metodología descrita en el informe de valoración el único criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor, fue desglosado en diferentes apartados a los que se atribuyó una concreta puntuación, y es respecto a uno de estos apartados, el denominado como mejoras, sobre el que la recurrente manifiesta su discrepancia.

Pues bien el artículo 145.5 de la LCSP impone con carácter general el conocimiento de los criterios de valoración de las ofertas con carácter previo a su presentación, al efecto dispone: *«Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:*

- a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.*
- b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.*
- c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.».*

De la lectura de este precepto se deduce la necesidad de que los criterios de adjudicación se definan de manera objetiva y con un grado de concreción suficiente como para poder afirmar que no confieren al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada. Por ello, el grado de concreción exigible es aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa; lo que conllevará, por un lado, que los licitadores efectúen sus ofertas garantizando el principio de transparencia e igualdad de trato y, por otro lado, que sea posible revisar la solución alcanzada por el órgano de contratación, no dejando a su absoluto arbitrio la aplicación de tales criterios.

Ese ha sido el sentido de la doctrina reiteradamente establecida por este Tribunal sobre la forma en que los órganos de contratación han de aplicar los criterios de adjudicación dependientes de juicios de valor, así en la Resolución 137/2017, de 30 de junio, decíamos: *«(...) este Tribunal viene manteniendo que los criterios sujetos a juicio de valor, como el aquí examinado, suponen un margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador que no puede ser absoluto, sino que ha de estar correctamente enmarcado en unos aspectos de valoración previamente definidos y en unas reglas que sirvan de pauta y límite al mismo tiempo para la ponderación o puntuación de las ofertas.».*

También hemos indicado, en la Resolución 48/2016, de 25 de febrero, que *«(...) los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor y sus coeficientes de ponderación deben establecerse con claridad en los pliegos de manera que sean conocidos por los licitadores, sin que puedan generar desigualdad y falta de transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas.*

En definitiva, el grado de concreción exigible a los pliegos será aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta



libertad a la hora de ponderar las ofertas, sino propiciando que el mismo disponga de elementos, pautas y aspectos previamente definidos en los pliegos que enmarquen su posterior juicio técnico. Ello permitirá, de un lado, que los licitadores elaboren sus proposiciones de forma cabal con salvaguarda del principio de transparencia e igualdad de trato y de otro, que los órganos técnicos evaluadores respeten los límites de la discrecionalidad técnica en el ulterior proceso de valoración.».

Al hilo de lo anterior y en relación con la ponderación de los subcriterios que no estaban inicialmente previstos en los pliegos, existe una consolidada doctrina por parte de este Tribunal, con sustento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en el sentido de que ello solo es admisible cuando se den las circunstancias señaladas por el citado Tribunal de Justicia, plasmada entre otras en las Resoluciones 125/2015, de 15 de abril, 186/2015 y 187/2015, ambas de 26 de mayo, 133/2017, de 27 de junio y 240/2017 de 13 de noviembre, que citan la Sentencia de 24 de noviembre de 2005 del citado Tribunal de Justicia en el asunto C-331/04 -ATI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc y otros, que señala que *«El Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:*

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;*
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;*
- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.».*

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia en dicha sentencia admite que, estando el criterio definido y ponderado en el pliego, puedan establecerse subcriterios sin ponderar, permitiendo que sea a posteriori -en la fase de valoración- cuando sea llevada a cabo dicha ponderación. Todo lo anterior, siempre y cuando esos subcriterios estén previamente definidos en el pliego y se haga dentro del margen de puntuación del respectivo criterio.

La aplicación de la doctrina expuesta al caso que nos ocupa, conduce a las siguientes consideraciones. Como anteriormente se expuso el apartado 15 del Anexo I del PCAP, al regular el criterio sometido a juicio valor, no preveía expresamente subcriterio alguno, es el informe de valoración el que a la hora de evaluar las propuestas divide el referido criterio de adjudicación en diferentes apartados entre los que distribuye la puntuación. En concreto al apartado denominado “Mejoras sobre las peticiones mínimas en la propuesta técnica”, le atribuye una puntuación máxima de 10 puntos. De las cuatro ofertas valoradas, y conforme al contenido del informe, tres de ellas no aportan mejoras sobre las peticiones mínimas, por lo que no obtuvieron puntuación en dicho apartado, fue a la adjudicataria IELO a la se le asignó la máxima puntuación de 10 puntos por, según consta en el informe, *“Aportar como mejoras sobre las peticiones mínimas 2 años de mantenimiento de las instalaciones”*.

Por tanto, la primera conclusión que se obtiene de lo expuesto es que el subcriterio recurrido, -único subcriterio sobre el que este Tribunal realizará pronunciamiento por ser el único sobre el que manifiesta oposición la recurrente- ha supuesto una redefinición del criterio contenido en el PCAP, llevada a cabo en el momento de valoración de las propuestas.

Pero es que además, en el mismo se contemplan aspectos que van más allá de lo inicialmente requerido en el clausulado del PCAP. Así la mejora valorada tenía por objeto el mantenimiento de las instalaciones. Pues bien analizado el contenido del pliego de prescripciones técnicas (PPT) se ha podido comprobar que no consta



referencia alguna a requerimientos de mantenimiento sobre el suministro ofertado. Ni siquiera se realiza mención alguna al respecto en las memorias que los licitadores debían acompañar al sobre 2, reguladas en el apartado 13 del Anexo I del PCAP, y que al definir el contenido de las memorias refiere diferentes aspectos todos ellos relacionados con las características técnicas funcionales y estéticas del suministro y de su instalación.

Con esta actuación el órgano de contratación ha introducido un factor de valoración no previsto en la descripción del criterio de adjudicación en cuestión, y que tampoco podía inferirse de modo razonable; por lo que de haber sido conocido por las empresas interesadas en el momento de preparar sus proposiciones, muy probablemente hubiera podido influir en el contenido de éstas, al haber tenido la posibilidad de añadirlo a sus ofertas.

Si para el órgano de contratación eran elementos a valorar para la adjudicación del contrato la mejora consistente en el “*mantenimiento de la instalación*”, debió hacer constar tal extremo en el PCAP, pero no habiendo realizado tal concreción no puede hacer uso de tal subcriterio, dado que ello supone una vulneración de los principios de transparencia, igualdad y libre concurrencia que han de regir la contratación pública. Por tanto este Tribunal considera que al puntuar la mejora recurrida el órgano de contratación ha excedido los términos en que se encuentra configurado el criterio de adjudicación sometido a juicio de valor en el PCAP, al ir más allá de una interpretación razonable y previsible del contenido del mismo.

Por todo lo expuesto se estima este motivo del recurso y en consecuencia se anula la valoración realizada por la mesa de contratación así como la adjudicación del contrato.

La estimación del primer motivo de recurso haría innecesario el conocimiento de la segunda cuestión planteada, en cualquier caso, y a mayor abundamiento, se analizará la misma. La recurrente mediante su segundo motivo de recurso manifiesta que en la puntuación otorgada al segundo de los subcriterios de la oferta adjudicataria la valoración atribuida en el informe ha incurrido en un error aritmético, por lo que solicita su minoración en dos puntos.

Pues bien, analizado el contenido del citado informe se ha podido comprobar que, a la oferta de la entidad adjudicataria, en el subcriterio denominado “*Dimensionado de la sección de los cables de CC de la instalación y ficha técnica de los cables empleados.*”, se le otorgó la valoración máxima de 5 puntos, si bien en el texto de observaciones respecto a la referida oferta consta la siguiente valoración. «*Cable de sección 6 a 10 mm Cu. Aporta ficha técnica de los cables que ha propuesto CA y CC. No aporta documentación del cable propuesto (-2 puntos)*». Por lo que en efecto y como afirma la recurrente la puntuación asignada de cinco puntos, no minora los dos puntos contemplados en la valoración de la oferta explicativa de la puntuación. Por lo que se estima este segundo motivo de recurso.

SÉPTIMO. Sobre el cumplimiento por este Tribunal de la obligación derivada del artículo 132.3 de la LCSP.

El órgano de contratación tanto, en el informe emitido al recurso, como mediante escrito remitido a este Tribunal, el pasado de 30 de enero de 2023 ha puesto de manifiesto que existen prácticas concertadas entre dos de las entidades licitadoras que vulnerarían la libre competencia en este procedimiento de contratación. En base a los hechos denunciados solicita a este Tribunal: «*que analice las consideraciones planteadas en este escrito y proceda a excluir las ofertas presentadas por NOBILIS INGENIERIA CIVIL S.L. y TESLA ENERGY SALCEDO S.L. de este procedimiento.*».



Como punto de partida, hemos de señalar que no corresponde a este Tribunal analizar si, en el supuesto controvertido, pudiera o no existir una práctica anticompetitiva entre empresas y menos aun acordar la exclusión de las mismas del procedimiento de licitación por tales motivos, como se solicita por el órgano de contratación. La función es revisora de los actos dictados en materia contractual, debiendo proceder a su anulación cuando estos vulneren las normas existentes en este ámbito. Por tanto, la competencia de los órganos de revisión de decisiones en materia contractual no alcanza al conocimiento de las supuestas infracciones de la legislación de defensa de la competencia, sin perjuicio de su deber de notificar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -en el caso de Andalucía, a la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía- cualesquier hecho de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones, que puedan constituir infracciones de la normativa existente en dicha materia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 132.3 de la LCSP (v.g., entre otras, Resolución 183/2018, de 14 de junio, de este Tribunal).

Al respecto, dicho artículo 132.3 de la LCSP dispone lo siguiente: *«Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.»*

En el supuesto que se examina, son varios los indicios o indicadores identificados por el órgano de contratación entre ambas proposiciones que pudiesen constituir infracción de la legislación de defensa de la competencia, cuestión que en todo caso ha de dilucidar en la Comunidad Autónoma de Andalucía la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía.

En definitiva, este Tribunal entiende necesario dar conocimiento de estos hechos a la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía; sin perjuicio de que deba citarse que el mencionado artículo 132.3 de la LCSP contempla expresamente al órgano de contratación, entre los obligados a comunicar a la autoridad de competencia cualesquier hecho de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia.

OCTAVO. - Efectos de la estimación del recurso.

La estimación del primero de los motivos de recurso y la corrección de la infracción legal cometida, analizada y determinada en el fundamento de derecho sexto de la presente resolución, debe llevarse a cabo anulando la adjudicación del contrato, así como la valoración de las ofertas conforme al criterio sometido a juicio de valor.

Pues bien, en cuanto a los efectos de la anulación de la valoración realizada por la mesa de contratación, en el supuesto examinado, no resulta viable una nueva valoración del criterio sujeto a juicio de valor, toda vez que ya se conocen y se han valorado las ofertas económicas de las licitadoras, por lo que una nueva valoración supondría una infracción de las garantías de imparcialidad y objetividad en el proceso de selección de la oferta económicamente más ventajosa, que constituyen el objetivo primordial perseguido por los artículos 146.2 de la LCSP cuando dispone en su párrafo segundo que *“En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los*



criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello”, y por el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que determina que «La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos», estableciendo un procedimiento de valoración de la oferta en dos momentos separados, valorando en primer lugar, las ofertas conforme a los criterios sujetos a juicio de valor y, en segundo lugar, conforme a los criterios de valoración automáticos.

En consecuencia, en el presente supuesto y al no quedar garantizada la imparcialidad y objetividad en el proceso de selección de la oferta económicamente más ventajosa, la consecuencia inevitable es la declaración de nulidad de todo el procedimiento de licitación, lo cual no impedirá la iniciación por el órgano de contratación de un nuevo procedimiento de adjudicación, si así lo estima necesario.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **NOBILIS INGENIERIA CIVIL S.L.**, contra la adjudicación del contrato denominado “Contrato mixto de suministro e instalación de fotovoltaica y acondicionamiento de cuadros eléctricos.”, (Expte. PS_2022_004), promovido por la Fundación Centro de Excelencia en Investigación de Medicamentos Innovadores en Andalucía Medina, y en consecuencia anular el acto impugnado para que se proceda conforme a lo señalado en el fundamento de derecho octavo de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

CUARTO Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

QUINTO. Dar traslado del escrito presentado por el órgano de contratación, así como de la documentación que compone el presente expediente, a la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía en virtud del fundamento de derecho séptimo.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

