

Informe 62/08, de 2 de diciembre de 2008. «Determinación de si la presentación de las proposiciones contractuales en la licitación pública del contrato de servicios para el mantenimiento de las instalaciones de una estación depuradora de aguas residuales cuando se prevé la valoración de las ofertas en dos fases (valoración de las documentaciones técnicas en primer lugar y del precio, en segundo), debe hacerse de forma que se mantenga el secreto de la oferta económica en sentido estricto, es decir del precio, hasta el momento previsto en los pliegos para la apertura del mismo».

Clasificaciones de los informes: 16.7. Cuestiones relativas a las proposiciones de las empresas. Otras cuestiones.

ANTECEDENTES

Por el Ayuntamiento de Vitoria se formula la siguiente consulta:

«Instruido por AMVISA (Aguas Municipales de Vitoria, S.A), empresa de titularidad íntegramente municipal, procedimiento abierto de contratación para la adjudicación de un contrato de servicio de mantenimiento de la Estación depuradora de aguas residuales de Crispijana (Vitoria-Gasteiz), sujeto a regulación armonizada, ha surgido una incidencia durante la fase de valoración de las ofertas.

Antecedentes

En el sobre "A" debía presentarse la proposición económica, incluyendo todos los elementos que la integran, es decir, oferta económica y aspectos técnicos. El Pliego de cláusulas económico-administrativas determina (cláusula 8.3.1) que dicho sobre "A" debe contener a su vez dos sobres independientes, uno con la oferta económica y otro con la documentación técnica. Por su parte, el Pliego de condiciones técnicas establece (Base 69ª) que se presentarán dos copias de la oferta, una en papel y otra en CD.

La Mesa de contratación (Pliego de cláusulas económico-administrativas, cláusula 9) señalará el lugar, día y hora donde se procederá a la apertura de forma independiente de los dos sobres que vienen incluidos en un único sobre A, que contendrá la Documentación Técnica y la Proposición Económica de forma independiente.

Se llevará a cabo en dos fases:

En la Fase I, se procederá a la apertura de la documentación técnica, y a su valoración, siendo excluidos de forma definitiva los licitadores que no alcancen la puntuación mínima de 65 puntos sobre 100.

En la Fase II, apertura de la proposición económica, en sesión pública que se celebrará en fecha y hora determinados por la Mesa de contratación, y se publicará en el perfil del contratante con la suficiente antelación, el Presidente manifestará:

las proposiciones admitidas por haber superado los 65 puntos

las rechazadas y/o eliminadas, y

con posterioridad se notificará el resultado de la apertura

La incidencia ha surgido durante el desarrollo de la Fase I arriba descrita, cuando se pudo comprobar que, de nueve licitadores, dos han introducido, en el sobre (independiente dentro del sobre A) destinado a la documentación técnica, un CD conteniendo, junto a un archivo informático, libremente accesible sin ningún sistema de protección, que transcribe dicha documentación técnica, otro archivo, de las mismas características, que recoge la oferta económica.

CONSULTA:

SE DESEARÍA CONOCER LA OPINIÓN DE LA JUNTA ACERCA DE SI DICHO ERROR CONLLEVA LA EXCLUSIÓN DE LOS DOS LICITADORES QUE LO HAN COMETIDO, POR HABER VULNERADO EL SECRETO DE LAS PROPOSICIONES EXIGIDO POR EL ARTICULO 129.2 DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR

PÚBLICO, O POR EL CONTRARIO PUEDEN SER VALORADAS SUS PROPUESTAS POR NO HABER INCURRIDO EN CONTRADICCIÓN INSALVABLE CON DICHO PRINCIPIO.

En mi condición de Presidente del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, me cumple elevar dicha consulta a la Junta, para lo que remito la presente solicitud acompañándola, en concepto de documentación anexa, de los Pliegos de condiciones técnicas y económico-administrativas que rigen la licitación».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El Ayuntamiento de Vitoria plantea una cuestión relativa a si la presentación de las proposiciones contractuales en la licitación pública del contrato de servicios para el mantenimiento de las instalaciones de una estación depuradora de aguas residuales cuando se prevé la valoración de las ofertas en dos fases (valoración de las documentaciones técnicas en primer lugar y del precio, en segundo), debe hacerse de forma que se mantenga el secreto de la oferta económica en sentido estricto, es decir del precio, hasta el momento previsto en los pliegos para la apertura del mismo.

En particular la consulta se refiere a la inclusión por parte de dos empresas licitadoras de la oferta económica en el mismo soporte informático en que figuraba la documentación técnica, por lo que fue conocida con anterioridad a la valoración de ésta última.

2. Con carácter previo al estudio sobre el fondo de la cuestión planteada es preciso determinar cuál es el régimen legal aplicable a la misma. En efecto, el contrato en cuya adjudicación se plantea el problema consultado va a celebrarse por Aguas Municipales de Vitoria S.A., empresa de titularidad íntegramente municipal, cuyo objeto social consiste, fundamentalmente, en el abastecimiento de aguas a la ciudad de Vitoria.

Esta circunstancia supone su inclusión en los supuestos contemplados por el artículo 3.1 de la Ley 31/2007, de 30 de Octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales.

El artículo mencionado establece que “quedarán sujetas a la presente Ley, siempre que realicen alguna de las actividades enumeradas en los artículos 7 a 12, las entidades contratantes que sean organismos de derecho público o empresas públicas y las entidades contratantes que sin ser organismos de derecho público o empresas públicas, tengan derechos especiales o exclusivos”. Aclarando a continuación que se considerarán empresas públicas, entre otras, “las sociedades mercantiles de carácter público y toda aquella entidad u organismo sobre la que los poderes adjudicadores puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen. Se considerará que los poderes adjudicadores ejercen una influencia dominante, directa o indirecta, sobre una empresa, cuando: 1º Tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa”.

Del precepto transcrito se deduce con claridad que “Aguas Municipales de Vitoria” debe ser considerada a los efectos de esta Ley como una entidad Contratante.

Sentado esto, el régimen legal aplicable a la actividad contractual de esta entidad será el establecido en la Ley mencionada, cuyo artículo 1º establece que “*la presente Ley tiene como objeto la regulación del procedimiento de adjudicación de los contratos de obras, suministro y servicios cuando contraten las entidades públicas y privadas que se recogen en el artículo 3.1 que operen en los sectores de actividad relacionados con el agua, la energía, los transportes y los servicios postales... cuando su importe sea igual o superior al que se establece, respecto de cada tipo de contrato, en el artículo 16*”.

De lo que cabe concluir que cuando el importe de los contratos a celebrar supere el importe de 5.150.00,- €, si se trata de contratos de obras, y de 412.000,- cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, el procedimiento de adjudicación de los mismos deberá sujetarse a los dispuesto en esta Ley.

Baste recordar que, tal como se menciona al comienzo de este dictamen, el contrato referido es un contrato de servicios cuyo presupuesto rebasa ampliamente el límite indicado para que concluyamos que deberá regirse por los preceptos de la Ley 31/32007, de 30 de Octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales.

3. Con carácter general la Ley 31/2007, comúnmente denominada de Sectores Especiales, establece en su artículo 19 que "los contratos que se adjudiquen en virtud de la presente Ley se ajustarán a los principios de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad, de igualdad de trato, así como al principio de transparencia" Lo cual, si bien no resuelve de forma directa la cuestión planteada, nos da, al menos, una primera visión acerca de cuál es la filosofía que late en ella con respecto a la forma en que deben ser adjudicados estos contratos.

En efecto, la Ley es consciente de que los contratos cuya adjudicación regula, no son propiamente contratos públicos, puesto que las entidades adjudicadoras muchas veces tendrán naturaleza privada por ser mayoritaria en su capital la participación de personas jurídico privadas. Precisamente por ello, establece unas normas sensiblemente más flexibles a la hora de adjudicar los contratos que las establecidas en la Ley de Contratos del Sector Público, y buena prueba de ello es la admisión del procedimiento negociado con publicidad como uno de los procedimientos ordinarios de adjudicación.

Sin embargo, esta mayor flexibilidad no supone desconocimiento de las peculiaridades de estos sectores, en los que la competencia se encuentra restringida como consecuencia de la modalidad adoptada para la gestión de los servicios correspondientes.

Esto justifica que, a pesar de tratarse de un campo de actuación ajeno, en principio, a la contratación pública, se regule con normas de procedimiento que son propias de ésta.

Sin embargo, la Ley, a diferencia de la que regula los Contratos del Sector Público, no establece preceptos relativos a la forma en que deben ser presentadas las proposiciones ni exige que las documentaciones deban serlo en sobres separados ni ninguna otra de las formalidades que son propias de la contratación pública.

Consecuencia de ello es que con referencia a estas contrataciones las normas definitorias de los trámites propios de cada procedimiento de adjudicación, incluida la forma en que deben presentarse las proposiciones y la documentación que las acompañe, serán las establecidas en los pliegos que establezcan las condiciones en que deba llevarse a cabo ésta.

4. Tal es el caso que contemplamos, en el que el pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado para la licitación del contrato establece en su cláusula 8.3 que la proposición deberá presentarse en dos sobres, de los cuales uno (el B) contendrá la documentación administrativa "a que se refiere el artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público" (sic), y el otro (sobre A) contendrá a su vez dos sobres el primero de los cuales deberá contener la documentación de carácter técnico y el segundo el precio. Ambos sobre se abrirán separadamente, primero el de la documentación técnica, y

después, en acto público, el del precio que, lógicamente, sólo afectará a los licitadores que hayan sido admitidos en la fase de valoración de los criterios técnicos.

A lo dispuesto en estas dos cláusulas ha de añadirse el contenido de la cláusula 31 que regula la normativa aplicable indicando que será de aplicación, además de la Ley 31/2007 y el pliego de cláusulas correspondiente, la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público.

Ello contradice, en principio, lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 31/2007 que ya hemos transcrito. Sin embargo, no existe problema en cuanto a la aplicación de los preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público, siempre que entendamos que se hace por vía de remisión a ella por parte del pliego de cláusulas, y, por supuesto, siempre que sus preceptos no contradigan a los de la Ley 31/2007, que es la que realmente establece el régimen legal aplicable a la materia.

5. De conformidad con todo ello, cabe señalar, en primer lugar, que el pliego de cláusulas especialmente procura que la valoración de los criterios técnicos se efectúe antes de conocer el precio de la oferta, con objeto de evitar que éste conocimiento pueda influenciar la valoración. Asimismo, resulta claro del relato de lo ocurrido en la apertura de las documentaciones técnicas que dos de las empresas licitadoras han incumplido las exigencias formales del pliego.

De considerarse que tales exigencias no tienen más finalidad que la de establecer un procedimiento ordenado de apertura de las documentaciones podría admitirse que la falta de cumplimiento de las mismas no determinase de forma inevitable la exclusión del proceso licitador de las empresas infractoras.

Sin embargo, tal conclusión adolecería de superficialidad en la consideración del verdadero propósito de las exigencias formales en esta clase de procedimientos. En efecto la finalidad última del sistema adoptado para la apertura de las documentaciones técnica y económica es mantener, en la medida de lo posible, la máxima objetividad en la valoración de los criterios que no dependen de la aplicación de una fórmula, evitando que el conocimiento de la oferta económica pueda influenciar en uno u otro sentido tal valoración.

De ello se deduce que de admitir las documentaciones correspondientes a los licitadores que no han cumplido estrictamente la exigencia de presentar de forma separada ambos tipos de documentación, la de carácter técnico presentada por éstos puede, y de forma inevitable será, valorada con conocimiento de un elemento de juicio que en las otras falta. De esta forma se romperá frontalmente con los principios de igualdad y no discriminación que con carácter general consagra para la aplicación de esta Ley el art. 19 antes transcrito.

6. A mayor abundamiento, teniendo en cuenta la referencia que el pliego hace a la aplicación, debe entenderse que con carácter supletorio, de la Ley de Contratos del Sector Público, la conclusión anterior resulta inevitable a la luz de los preceptos de ésta.

En efecto, la Ley de Contratos del Sector Público establece en su artículo 129.2 que las proposiciones que presenten los licitadores "serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública...". Ello significa que la proposición conteniendo tanto las características técnicas como económicas de la oferta debe mantenerse secreta hasta el momento en que de conformidad con el pliego deban ser abiertas. Esto significa que la documentación a que se refiere el artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público debe presentarse en

sobre independiente del que contiene la oferta y que, la inclusión por error de esta última en el sobre de la documentación administrativa determina la nulidad de la proposición. Así lo ha entendido esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en diferentes ocasiones, especialmente en el informe 43/02, de 17 de diciembre en el que se sentaba como conclusión que “incluidos aspectos técnicos en el sobre de la documentación a que se refiere el artículo 79 de la Ley [se refiere a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas], dicha documentación debe ser rechazada sin que proceda la apertura del sobre conteniendo la proposición económica, y ello con fundamento en el citado artículo 79 y en los artículos 80, 81 y 82 del Reglamento”.

Sin embargo, el dictamen anterior se refiere a un supuesto que, aunque guarda similitud con el contemplado en el presente no es idéntico a él. En efecto, en el caso que se analiza nos encontramos ante un supuesto en el que la apertura de documentaciones efectuada no se refiere a la documentación de carácter administrativo mencionada en el artículo 130 de la Ley, sino, más exactamente, a la apertura de las propias proposiciones contractuales, divididas a su vez en dos sobres, el primero de los cuales contiene la documentación de carácter técnico y el segundo la oferta económica. Por consiguiente la exigencia contenida en el artículo 129.2 de que las proposiciones se mantengan secretas hasta el momento de la licitación pública podría considerarse no infringido habida cuenta de que la apertura del sobre de la documentación técnica ya forma parte de la apertura de la oferta, es decir del conjunto de actos que conforman la licitación pública en sí, entendida ésta como acto de apertura de las proposiciones, tal como hace el dictamen antes citado.

A pesar de lo antedicho, la aceptación del criterio mencionado sin hacer expresa consideración de las peculiaridades que los supuestos de apertura separada de las documentaciones técnica y económica presentan, conduciría a una interpretación de la norma que podría chocar con la exigencia de tratamiento no discriminatorio que constituye principio fundamental en la legislación reguladora de la contratación pública. El artículo 1 de la Ley de Contratos del Sector Público expresamente se refiere a este principio al mencionar como uno de sus fines garantizar el principio de “no discriminación e igualdad de trato de los candidatos”. De igual forma el artículo 123 al referirse de modo concreto a los procedimientos de adjudicación, dispone que “los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”.

Estas exigencias requieren, ante todo, que en la tramitación de los procedimientos se excluya cualquier actuación que pueda dar lugar a una diferencia de trato entre los licitadores, muy especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato.

Pues bien, precisamente las cautelas que, habitualmente se establecen en los pliegos de cara a la valoración de los criterios técnicos (se entiende que en los casos en que los mismos no son susceptibles de valoración mediante la simple aplicación de una fórmula) tienen por objeto como ya se ha dicho mantener la máxima objetividad posible en la valoración. Por ello, el conocimiento de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se aplican mediante fórmulas, puede afectar al resultado de la misma y en consecuencia, cuando son conocidos los de parte de los licitadores solamente, a desigualdad en el trato de los mismos.

Frente a ello la única solución es la inadmisión de las ofertas en que las documentaciones hayan sido presentadas en forma que incumplan los requisitos establecidos en el pliego con respecto al secreto de las mismas.

CONCLUSIÓN

Con respecto de los contratos acogidos a la Ley 31/2007, de 30 Octubre, el incumplimiento de las normas del pliego cuando éste exija la presentación de las documentaciones técnica y económica en sobres separados, con objeto de permitir la apertura sucesiva de ambas, determinará la inadmisión de los licitadores que hubieran incurrido el mismo.