



Recurso nº 319/2013 C.A Región de Murcia 019/2013

Resolución nº 291/2013

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 17 de julio de 2013.

VISTA la reclamación interpuesta por D. P.Y.G., en nombre y representación de IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U., contra el acuerdo del Director General de la Empresa Municipal de Aguas y Saneamiento de Murcia, S.A. (EMUASA) de 14 de junio de 2013 por el que se acuerda la exclusión de la licitación de IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U., en el procedimiento de contratación del suministro de energía eléctrica para EMUASA, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 16 de abril de 2013 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea Estado, 24 de abril en el Boletín Oficial del Estado, y el 29 de abril en el Boletín oficial de la Región de Murcia, Resolución de 15 de abril de 2003, del Director General de la Empresa Municipal de Aguas y Saneamiento de Murcia, S.A. (EMUASA), empresa mixta de servicios participada mayoritariamente por el Ayuntamiento de Murcia, por la que se anuncia la licitación de contrato de suministro de energía eléctrica para EMUASA.

El valor estimado del contrato es 5.400.000 euros (impuestos excluidos). El procedimiento de contratación es el abierto. El contrato está clasificado conforme al Vocabulario común de contratos públicos (CPV) como 09310000.

De conformidad con la Clausula 10 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), "*CRITERIOS DE VALORACIÓN PARA LA ADJUDICACIÓN*":

"La evaluación de propuestas se realizará en dos ámbitos: la evaluación económica y la evaluación técnica, siendo la puntuación total posible a obtener de 100 puntos.

La puntuación máxima asignada a cada uno de los ámbitos es:

Propuesta Económica: hasta 80 puntos

Propuesta Técnica: hasta 20 puntos”

La cláusula 10.1 del PCAP establece los criterios de valoración de la propuesta económica, fijando una fórmula.

La cláusula 10.2 del PCAP recoge la valoración de la propuesta técnica del siguiente modo, de acuerdo a diversos criterios de valoración; i) Garantías de origen, valorándose con un máximo de hasta 8 puntos, y fijando una fórmula para su valoración; ii) Determinación de un gestor personal, valorándose con un máximo de hasta 2 puntos, sin fijar fórmula para su valoración; iii) Procedimiento de trabajo para la realización de los principales trámites así como unos plazos máximos de respuesta, valorándose con un máximo de hasta 3 puntos, fijando una fórmula para su valoración; iv) Modelo de informe de trámites, valorado hasta 2 puntos, sin fijar una fórmula para su valoración; v) Portal web para descarga de facturas y servicios adicionales, valorándose con un máximo de hasta 1 punto, sin fijar fórmula de valoración; vi) Modelo de informe mensual con el listado de suministros vigentes en ese momento, valorándose con un máximo de hasta 2 puntos, sin fórmula de valoración; vii) Mejoras adicionales en la gestión del contrato como: optimización de la facturación, información de los consumos en tiempo real, servicios técnicos de asesoramiento y formación en mantenimiento de instalaciones energéticas, asesoramiento sobre ayudas o actividades de promoción en los campos del ahorro, eficiencia energética y energías renovables, valorándose con un máximo de hasta 2 puntos, sin fijar fórmula para su valoración.

Segundo. Al procedimiento de contratación presentó oferta la reclamante

El día 24 de mayo de 2013 se procede a la apertura de los sobres que contenían la documentación administrativa para tomar parte en la licitación, encontrándose, entre otras, la de la reclamante, quien subsanó los defectos apreciados.

El 29 de mayo de 2013, se procedió a la apertura del sobre 2.

Los informe de valoración técnica y el informe del servicio jurídico ambos de 12 de junio de 2013, ponen de manifiesto que los licitadores IBERDROLA GENERACION S.A.U y ENDESA ENERGIA S.A.U han incluido documentación de los criterios de valoración cuantificables mediante la aplicación de fórmulas en el sobre número 2, que en lo que se refiere a IBERDROLA GENERACION S.A.U., consistían en incluir la documentación relativa a todos los criterios técnicos de valoración en el sobre número 2, incluidos los criterios número 1 (garantías de origen) y 3 (procedimiento de trabajo) que son cuantificables mediante la aplicación de fórmulas.

El 14 de junio de 2013 el órgano de contratación, el Director General EMUASA acuerda lo siguiente.

“(...)A la vista del informe jurídico emitido, queda patente que la cláusula 8 del pliego de cláusulas administrativas, establecía con claridad que quedarían excluidas las empresas que incluyeran en el sobre 2, documentación que deba estar incluida en el sobre 3, por vulnerar el carácter secreto que han de tener las proposiciones.

De admitirse las ofertas presentadas por las dos mercantiles referidas, se podría quebrar el principio de igualdad de trato para todos los licitadores y no discriminación que con carácter general consagra el artículo 19 de la Ley 31/2007.

En consecuencia, se procede a la adopción del siguiente ACUERDO:

Se procede a excluir de la licitación a las mercantiles IBERDROLA GENERACIÓN S.A.U. y ENDESA GENERACIÓN S.A.U. por los motivos señalados en este escrito y en el informe de valoración técnica e informe jurídico que se incluyen al presente como anexos I y II.”

El 19 de junio de 2013 se notifica la exclusión a IBERDROLA GENERACION S.A.U y ENDESA ENERGIA S.A.U., si bien no consta en el documento fecha de envío ni modo de aquel, sin hacer constar en la misma ni en la resolución notificada pie de recurso contra el acto.

Tercero. El 21 de junio de 2013 IBERDROLA GENERACION S.A.U. presenta escrito ante este Tribunal con el siguiente texto.

“Que en relación con el escrito fechado el 19 de junio de 2013, en el que se notifica la exclusión de IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U. de la licitación de EMUASA, “suministro de energía eléctrica para EMUASA” y de acuerdo con el Art. 43 del RDL 3/2011, del 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, esta parte tiene intención de anunciar e interponer recurso especial en materia de contratación contra dicho acto de trámite que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento por la exclusión de los licitadores

Y por lo anterior

SOLICITO:

Que, como medida provisional, se suspenda la decisión del Órgano de Contratación de excluir de la licitación a IBERDROLA GENERACIÓN SAU y en todo caso la suspensión del acto programado para el próximo 24 de junio, a las 12 horas, de la apertura del sobre de la oferta económica (SOBRE 3) en tanto se interpone y se resuelve el recurso especial en materia de contratación.”

Cuarto. El 27 de junio de 2013 este Tribunal resolvió el escrito de 21 de junio de 2013, dictando resolución por la que se acordaba no conceder la medida cautelar previa a la presentación del recurso especial consistente en suspender el procedimiento de contratación y la suspensión de la exclusión de la licitadora, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), de forma que el procedimiento pueda continuar por sus trámites.

Quinto. El citado día 27 de junio de 2013 IBERDROLA GENERACION S.A.U presenta anuncio de interposición de reclamación, si bien que en este caso invocando la aplicación de los artículos 101 y 104. 2 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 (en adelante LCSE), contra el acuerdo exclusión, ante la entidad contratante.

El mismo día 27 de junio de 2013 la reclamante presenta ante este Tribunal la reclamación solicitando en el suplico lo siguiente.

“1 °) Se ANULE y deje sin efecto el ACTO por el que se excluye de la licitación a

IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U.

2º) Se proceda a la valoración de la PROPOSICIÓN TÉCNICA (SOBRE No 2), siguiendo los criterios y puntuación establecidos en la cláusula 10.2 .VALORACIÓN DE LA PROPUESTA TÉCNICA (20 PUNTOS), del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, tomando para ello única y exclusivamente la documentación presentada por cada licitador en dicho SOBRE N° 2, emitiendo el Informe correspondiente.

3º) Se convoque a los licitadores al acto de apertura del SOBRE 3: PROPOSICIÓN ECONÓMICA, informando previamente a los licitadores, en dicho acto, de la puntuación obtenida en la valoración de la PROPOSICIÓN TÉCNICA (SOBRE 2).

4º) Que tras la valoración de todas las ofertas de los licitadores, de forma acorde con lo especificado en los pliegos, el Órgano de Contratación de EMUASA adjudique el contrato al licitador cuya oferta global haya resultado ECONÓMICAMENTE MÁS VENTAJOSA.”

Sexto. La entidad contratante remitió el expediente de contratación y su informe a este Tribunal el 2 de julio de 2013.

La Secretaría del Tribunal, el 2 de julio de 2013, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, pudieran presentar las alegaciones y los documentos que estimasen oportunos, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para conocer los actos del procedimiento de adjudicación y contratos a que se refieren los artículos 101, 103 y 109 de la LCSE

dictados por aquellos entes, organismos y entidades que tengan la consideración de poder adjudicador, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.3 del texto refundido del TRLCSP, tanto si se integran en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia como en las Corporaciones Locales de su ámbito territorial, incluso aunque no tengan la condición de Administración Pública, de conformidad con lo dispuesto en la cláusulas segunda, apartado 1, y tercera, apartado 2, del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales, suscrito el 4 de octubre de 2012 y publicado en el BOE de 21 de noviembre.

La reclamación se interpone contra un acto acordado en el procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro de energía eléctrica cuyo valor estimado es de 5.400.000 euros, adoptado por una sociedad mixta participada mayoritariamente por el Ayuntamiento de Murcia, cuyo objeto social es gestionar el ciclo integral del agua en el municipio de Murcia, y sujeta por ello a la LCSE.

Por todo ello es competente este Tribunal para conocer de la reclamación de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 3.1 y 2.b), 7. 16.a) y 101 de la LCSE, en relación con el artículo 41.5 del TRLCSP, y el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales.

Segundo. La reclamante es licitadora del procedimiento de adjudicación, por lo que tiene legitimación activa para interponer la reclamación conforme al artículo 102 de la LCSE.

Tercero. El acto impugnado formalmente es el acto de exclusión de un licitador en el procedimiento de adjudicación.

El acto expresamente impugnado debe calificarse como acto de trámite pues si bien integra el procedimiento no pone fin a éste, a diferencia de la resolución o acto definitivo que pone fin al procedimiento, que en el procedimiento de adjudicación es el acto en que aquella se manifiesta.

La regla general en nuestro ordenamiento, que se establece en el artículo 107.1 de la LRJ-PAC, es que los actos de trámite no son susceptibles de recurso sin perjuicio de que

la oposición a dichos actos de trámite pueda alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento, al igual que hacerse valer en el recurso contra la resolución.

Con carácter excepcional el artículo 107.1 LRJ-PAC permite recurrir los denominados actos de trámite cualificados que son aquellos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

Este mismo criterio es el reproducido por el artículo 40, en sus apartados 2.b) y 3, del TRLCSP al disponer que podrán ser objeto del recurso *“los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores”* y que *“los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.”*

La LCSE no establece una norma similar al artículo 40 del TRLCSP, por lo que debe aplicarse el artículo 107.1 antes transcritas de la LRJ-PAC.

El acto que nos ocupa determina la imposibilidad de continuar el procedimiento para la reclamante, por lo que el acto al ser de trámite cualificado es recurrible.

Cuarto. La reclamante anunció previamente su recurso ante la entidad contratante y simultáneamente presentó el mismo ante este Tribunal, teniendo entrada en su registro el 27 de junio de 2013, siendo el acto impugnado de 19 de junio de 2013, por lo que se han cumplido las prescripciones formales y los requisitos de plazo para el anuncio e interposición de la reclamación previstos en el artículo 104 de la LCSE.

Quinto. La reclamante alega en su reclamación, sin mayor fundamentación jurídica, que la inclusión en el sobre 2 de documentos relativos a criterios cuantificables mediante fórmula se acomodó a lo dispuesto en Anexo II del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), y las cláusulas 8.2 y 10.2 del PCAP que rigen la contratación; que los criterios de adjudicación de las garantías de origen y del procedimiento de trabajo no están directamente relacionados con el precio y no afectan a la valoración económica que se encuentra en el sobre número 3; que a la entidad contratante le resulta imposible realizar la valoración completa de las propuestas técnicas, contraviniendo lo manifestado en el PCAP, cláusula 11. 3), que dice: *"Únicamente se procederá a la apertura de las proposiciones económicas, (Sobre 3) cuando se haya emitido el informe de valoración que incluirá la puntuación que merezcan las proposiciones presentadas [...]. Con carácter previo a la apertura de este sobre y en el propio acto se dará a conocer la puntuación asignada a los criterios no cuantificables automáticamente"*; para terminar señalado que con la exclusión de dos de los tres participantes en la licitación, se facilita que resulte adjudicado al único participante que no presentó propuesta alguna en el sobre 2, la entidad contratante vulnera el principio de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, con lo que infringe lo dispuesto en el artículo 60.b) de la LCSE.

Por su parte la entidad contratante señala en su informe que la cláusula 8 del PCAP que rige la contratación define la documentación y la forma en que debe ser presentada la proposición técnica, por lo que a la vista de su redacción queda claro que la documentación no cuantificable mediante la aplicación de fórmulas y cuya ponderación dependa de un juicio de valor, debe incluirse en el sobre nº 2, y la documentación que permita valorar la oferta, de acuerdo con los criterios de adjudicación cuantificables mediante la aplicación de fórmulas, debe incluirse en el sobre nº 3, haciéndose expresa referencia, mediante mayúscula y negrita, a que **"QUEDARÁN EXCLUIDAS CUANDO SE INCLUYA EN EL SOBRE Nº 2, DOCUMENTACIÓN QUE DEBA ESTAR INCLUIDA EN EL SOBRE 3"**.

Asimismo señala que la reclamante presenta toda la documentación relativa a los criterios de valoración técnica en el sobre nº 2, incluyendo los criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas. Concretamente los criterios nº 1 y 3, criterios ambos,

cuantificables mediante la aplicación de fórmulas. Además el criterio nº 1 "Garantías de Origen" recoge el precio que el licitador ofrece por las garantías de origen de la energía renovable expresado en €/MWh, con lo que este criterio si está directamente relacionado con el precio.

Al presentar la reclamante todos los criterios de valoración en el sobre 2, se quiebra la finalidad del sistema adoptado de apertura de las documentaciones técnicas y económicas que es mantener 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 influir en uno u otro sentido tal valoración.

Señala además, que la cláusula 11.2 "Apertura" del PCAP establece expresamente que *"en acto público celebrado después de la calificación de la documentación administrativa y previa notificación de fecha y hora a los licitadores, se procederá a la apertura de los sobres número 2 que contienen las documentaciones técnicas relativas a los criterios no cuantificables automáticamente, de los licitadores admitidos"*. En fin que no se ha contravenido en ningún momento lo establecido en la cláusula 11.3, respecto de la apertura del sobre 3, puesto que la misma señala que *"con carácter previo a la apertura de este sobre y en el propio acto se dará a conocer la puntuación asignada a los criterios no cuantificables automáticamente"*.

Sexto. Este Tribunal ha fijado su doctrina sobre la inclusión indebida de información en los distintos sobres con referencia a la regulación del TRLCAP, siendo las más recientes de sus Resoluciones las números 022/2013 y 027/2013, ambas de 17 de enero, y 062/2013, de 6 de febrero.

Así se ha sentado el criterio, por un lado, de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluable mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (resoluciones 147/2011 y 067/2012), así como para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (resoluciones 191/2011 y 295/2011) y, por otro, la no exclusión de aquellos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre



referido a información técnica no sujeta a evaluación mediante juicio de valor (resoluciones 14/2010 y 233/2011).

En nuestra Resolución 095/2012, trajimos a colación el Informe 45/02, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que con invocación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas expone que *“el Tribunal de Justicia advierte que en el procedimiento de adjudicación de un contrato existen dos fases claramente diferenciadas. En la primera se procede a la valoración cualitativa de las empresas candidatas mediante el examen de los medios que han de disponer para la ejecución del contrato (solvencia) y después, respecto de las admitidas en tal fase, se procede a la valoración de las ofertas que cada una ha presentado y, en tal sentido, señala que se trata de operaciones distintas regidas por normas diferentes”*.

De este modo, en el proceso de adjudicación de un contrato, en una primera fase se analizan los requisitos de capacidad y solvencia de las personas físicas o jurídicas que han presentado oferta (características de la empresa), y una vez que se entienden cumplidos estos requisitos, se declara la admisión de los licitadores en el procedimiento; siendo el trámite siguiente el que consiste en el análisis de los criterios de adjudicación (características de la oferta), que concluye, en términos generales, con la resolución de adjudicación del contrato a uno de los licitadores.

Pues bien, en este sentido, tal y como este Tribunal ha señalado en su Resolución 67/2012 de 14 de marzo, cualquier acto que implique el conocimiento del contenido de las proposiciones (características de la oferta) antes de que se celebre el acto público de apertura, rompe el secreto de las proposiciones y, por tanto, es contrario tanto a lo previsto en el artículo 160 TRLCSP, que dispone, *“en todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos”*, como a lo señalado en el artículo 145 TRLCSP de conformidad con el cual *“las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública”*.

Así concluíamos que *“debe entenderse que cuando la apertura del sobre conteniendo la documentación general implique el conocimiento, total o parcial, de la oferta del licitador*

por encontrarse incluido en él alguno de los datos que debieran figurar en el sobre de la proposición, debe producirse, en todo caso la exclusión del licitador afectado respecto del procedimiento de adjudicación de que se trate”.

En lo referente a la inclusión de los datos relativos a los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas en el sobre de acreditación del cumplimiento de requisitos previos al que se refiere el artículo 146 TRLCSP, en nuestra Resolución 147/2011 de 25 de mayo, pusimos de manifiesto que tal inclusión supone la infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en la Ley, así como la exclusión del procedimiento de adjudicación de la proposición incurso en ella. Ya en esa resolución dijimos que la situación descrita hace que la única solución posible sea la inadmisión de las ofertas en las que las documentaciones hayan sido presentadas de manera que incumplan los requisitos establecidos en el pliego con respecto a la forma de presentar las mismas.

En fin, en nuestra Resolución 62/2013, y respecto del supuesto de inclusión de documentación de criterios evaluables mediante fórmula en el sobre correspondiente a la documentación de los criterios evaluables mediante juicio de valor, señalamos que lo que el TRLCSP pretende al disponer que *“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 (...)”* (artículo 150.2 *in fine*), no es otra cosa sino garantizar que en la apreciación del valor atribuible a cada uno de estos criterios no influye en absoluto el conocimiento de la puntuación que a cada una de las ofertas se haya atribuido por razón de los criterios evaluables mediante fórmulas.

La pretensión del legislador tiene como fundamento el hecho de que, aun cuando los criterios de valoración de las ofertas deban ser siempre de carácter objetivo, en la valoración de los mismos, cuando no es posible aplicar fórmulas matemáticas, siempre resultará influyente un cierto componente de subjetividad que puede resultar acentuado de conocerse previamente la puntuación asignada en virtud de los criterios de la otra naturaleza.

Tal pretensión se materializa en el artículo 150.2 del TRLCSP disponiendo que *“las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada”*, y estableciendo por ello el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, 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”*. En fin, el razonamiento del legislador queda complementado con lo dispuesto en el artículo 30.2 del mismo Real Decreto a cuyo tenor *“en todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquéllos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor”*.

En cuanto a los contratos celebrados al amparo de la LCSE, habida cuenta de la inexistencia de normas que, a diferencia del TRLCSP y su normativa reglamentaria de ejecución, impongan la valoración separada de los criterios evaluables mediante juicio de valor y en forma automática, ha de señalarse lo sentado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 62/08, de 2 de diciembre de 2008.

En él señala la Junta Consultiva que con carácter general la LCSE, 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 da 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.

Continúa señalando el Informe que si bien la LCSP, a diferencia del TRLCSP, 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, siendo consecuencia de ello 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”.

Para el supuesto que el Informe JCCA 62/08 contempla, en que el pliego recoge la separación en distintos sobres del contenido de la oferta, continua señalando 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.”

Esto no obstante la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en sobre distinto no es un criterio absoluto, toda vez que no cualquier vicio procedimental

genera la nulidad del acto de adjudicación, *"siendo preciso que se hubiera producido una indefensión real y no meramente formal"* (Resolución 233/2011).

El efecto los tribunales han declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, descarta la vulneración del principio de igualdad de trato por el quebrantamiento del carácter secreto de las proposiciones en un supuesto en el que el licitador incurrió en un error involuntario al presentar la oferta en un sobre abierto, partiendo de la falta de trascendencia para terceros de este error, dada la naturaleza atípica del contrato, el cual no se adjudicaba a la oferta más ventajosa sino que admitía todas las ofertas que cumplían las prescripciones técnicas.

Igualmente la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, sostiene la improcedencia de la exclusión de una entidad participante en la licitación por vulnerar el carácter secreto de las ofertas mediante la inclusión en los sobres nº 1 o nº 2 de documentos correspondientes al sobre nº 3, por cuanto resulta excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión aplicado por la entidad contratante, pues para la producción del efecto excluyente se exige la comprobación de que dicha actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula. La simple comprobación del error en los sobres podrá en todo caso constituir una presunción a favor de esa infracción, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

Esta posición se resume por el Consejo de Estado en su reciente Dictamen 670/2013, de 11 de julio de 2013, del siguiente modo.

"Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: primera, la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí mismo, sino como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los

licitadores; y, segunda, la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación (bien porque ésta obre en sobres abiertos, bien porque se incluya erróneamente información propia de un sobre en otro distinto), en el bien entendido de que la exclusión está justificada cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales requisitos, incluido el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabe la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto, pero no lo está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato.”

Séptimo. Volviendo ya a la contratación que nos ocupa hemos de transcribir lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de la cláusula 8 del PCAP:

“Las proposiciones para tomar parte en esta licitación se presentarán en TRES SOBRES CERRADOS, que podrán estar lacrados y precintados y en el que figurará, en cada uno de ellos, la siguiente INSCRIPCIÓN:

“Proposición presentada por D. (en nombre propio o en representación de....., con C.I.F.:), para tomar parte en la licitación convocada por EMUASA “.....”.

En cada uno de los sobres, se añadirá además, respectivamente,

- *“SOBRE 1” (DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA)*
- *“SOBRE 2” (PROPOSICIÓN TÉCNICA)*
- *“SOBRE 3” (PROPOSICIÓN ECONÓMICA)*

(...)

8.2.- Sobre 2.-

Los licitadores presentaran en el "SOBRE NÚMERO 2, PROPOSICIÓN TÉCNICA", la documentación que dependa de un juicio de valor.

En el sobre número 2, solamente se incluirán los documentos que a continuación se reseñan:

- 1) Índice de documentos en el que se hará constar en hoja independiente el contenido del sobre enunciado numéricamente.*
- 2) Aquella documentación que permita valorar la oferta de acuerdo con los criterios de adjudicación no cuantificables mediante la aplicación de fórmulas y cuya ponderación dependa de un juicio de valor, fijados en este Pliego.*

8.3.- Sobre 3.-

Los licitadores presentaran en el "SOBRE NÚMERO 3, PROPOSICIÓN ECONÓMICA", la oferta económica.

En el sobre número 3 solamente deberán incluirse los documentos que a continuación se reseñan:

- 1) Índice de documentos en el que se hará constar en hoja independiente el contenido del sobre enunciado numéricamente.*
- 2) La documentación técnica que permita valorar la oferta de acuerdo con los criterios de adjudicación cuantificables mediante la aplicación de fórmulas, fijados en el presente Pliego.*
- 3) La oferta económica que se hará conforme al modelo que se adjunta en el Anexo 11 y contendrá la documentación que da soporte a la oferta, para lo cual será necesario aportar cumplimentados los datos €/kWh en la pestaña "Anexo 11 OFERTA TE" de la tabla "Excel" "Listado suministros importe" en formato digital, junto con la oferta económica rellena según el modelo del Anexo 11 en formato papel. En la oferta deberá indicarse como partida independiente, el importe del impuesto sobre el valor añadido que deba ser repercutido.*

Se entenderá que la oferta económica comprende, no solo el precio del contrato si no también cualquier otro tributo o gasto que por la realización de la actividad pudiera corresponder, sin perjuicios de lo señalado en el punto 4 del presente pliego.

La oferta económica se presentará debidamente firmada por quien tenga poder suficiente, pudiendo ser rechazada conforme en lo establecido en el artículo 84 del RGLCAP.

QUEDARÁN EXCLUIDAS AQUELLAS EMPRESAS QUE INCLUYAN EN EL SOBRE DE DOCUMENTACIÓN GENERAL DOCUMENTACIÓN QUE DEBE ESTAR INCLUIDA EN LOS SOBRES NÚMEROS 2 O NÚMERO 3; IGUALMENTE QUEDARÁN EXCLUIDAS CUANDO SE INCLUYAN EN EL SOBRE 2 DOCUMENTACIÓN QUE DEBA ESTAR INCLUIDA EN EL SOBRE 3, POR VULNERAR, EN AMBOS CASOS, EL CARÁCTER SECRETO QUE HAN DE TENER LAS PROPOSICIONES.”

Asimismo establece la cláusula 11 del PCAP en sus apartados 2) y 3) lo siguiente.

“2).- En acto público celebrado después de la calificación de la documentación administrativa y previa notificación de fecha y hora a los licitadores, se procederá a la apertura de los sobres número 2 que contienen las documentaciones técnicas relativas a los criterios no cuantificables automáticamente, de los licitadores admitidos, de acuerdo con el siguiente procedimiento. En primer lugar, se dará cuenta del resultado de la clasificación de la documentación general, con expresión pe las proposiciones admitidas, de las rechazadas y de la causa o causas de inadmisión de estas últimas. En segundo término, se procederá a la apertura de los sobres, entregándose la documentación contenida en ellos al Órgano de Valoración para el estudio técnico de las ofertas.

El Órgano de Valoración, en base a los criterios objeto de ponderación valoración establecidos en la presente licitación redactará un informe técnico, con las valoraciones de las propuestas técnicas, que motivará la propuesta de adjudicación o en su caso, propuesta de declaración de procedimientos desierto.

3) Únicamente se procederá a la apertura de las proposiciones económicas, (Sobre 3) cuando se haya emitido el informe de valoración que incluirá la puntuación que merezcan las proposiciones presentadas.

En el lugar día y hora que se indique en el Perfil de Contratante de EMUASA se procederá a la apertura, en acto público, de las proposiciones económicas, para lo cual se comunicará, en primer lugar, la relación de los licitadores definitivamente admitidos y los rechazados en su caso, procediéndose a la apertura y lectura del sobre 3.

Con carácter previo a la apertura de este sobre y en el propio acto se dará a conocer la puntuación asignada a los criterios no cuantificables automáticamente. (...)” “

Las cláusulas transcritas son clara, a nuestro juicio, en lo que se refiere tanto a la exigencia de sobres separados como al contenido de cada uno de los sobres, recogiendo reiteradamente que el contenido del sobre 2 sólo puede referirse a *“la documentación que dependa de un juicio de valor”, “aquella documentación que permita valorar la oferta de acuerdo con los criterios de adjudicación no cuantificables mediante la aplicación de fórmulas y cuya ponderación dependa de un juicio de valor, fijados en este Pliego”,* y que el sobre 3 contiene, además de la oferta económica, *“la documentación técnica que permita valorar la oferta de acuerdo con los criterios de adjudicación cuantificables mediante la aplicación de fórmulas, fijados en el presente Pliego”,* asimismo señalan que *“se procederá a la apertura de los sobres número 2 que contienen las documentaciones técnicas relativas a los criterios no cuantificables automáticamente”* y que *“con carácter previo a la apertura de este sobre [el 3] y en el propio acto se dará a conocer la puntuación asignada a los criterios no cuantificables automáticamente”.*

Es cierto que las cláusulas utilizan las denominaciones improcedentes de *“SOBRE NÚMERO 2, PROPOSICIÓN TÉCNICA”* y *“SOBRE NÚMERO 3, PROPOSICIÓN ECONÓMICA”,* cuando deberían ser respectivamente intitulados conforme a su concreto contenido como criterios evaluables mediante juicio de valor y criterios evaluables automáticamente, y que en la redacción de las cláusulas transcritas se refiere a proposición técnica para referirse en realidad a los criterios evaluables mediante juicio de valor y proposición económica a criterios evaluables mediante fórmula, pero de la lectura

de ambas cláusulas queda perfectamente delimitado el contenido de uno y otro sobre, sin que las torpezas en la redacción expuestas pueda invocarse por el reclamante como constitutivo de un error esencial e invencible que justifique el incumplimiento de la obligación formal establecida en el PCAP.

Lo mismo cabe decir del invocado Anexo II del PPT, que contiene el modelo de proposición técnica, pues el mismo se limita a transcribir para cada criterio la forma correspondiente de presentación estableciendo al final de la fórmula de cada uno de ellos *“Firma LICITADOR:”* con lo que claramente pone de manifiesto que se trata de documentos distintos para cada criterio salvo el absurdo de entender que un mismo documento haya de ser firmado siete veces.

En fin la cláusula 10 del pliego que establece los criterios evaluables y su valoración, no es muy sistemática al enumerar clasificándolo en dos grandes apartados la oferta económica y los criterios técnicos, sin clasificarlos en criterios dependientes de un juicio de valor y evaluables automáticamente, pero sin que por ello quede perfectamente claro en cada uno de ellos que el criterio de valoración depende ya de una fórmula ya de un juicio de valor.

El reclamante incumplió por tanto lo dispuesto por el PCAP al incluir documentación relativa a la valoración de criterios mediante fórmula en el sobre correspondiente a los criterios evaluables mediante juicio de valor.

Ponderar las circunstancias concurrentes en el incumplimiento de los requisitos formales de presentación de la documentación, la exclusión del licitador está justificada pues el incumplimiento de tales requisitos, habida cuenta de que los documentos incluidos indebidamente no eran datos ya conocidos o cuyo conocimiento a destiempo fuera irrelevante, sino elementos esenciales de la proposición del licitador, por lo que se infringió el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabando con ello la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se preservan mediante dicho secreto, habiéndose visto afectado sustantivamente los principios de igualdad de trato y no discriminación que establece el artículo 19 del LCSE.

En lo atinente a las demás alegaciones de la reclamante deben ser igualmente rechazadas.

En cuanto a la afirmación de que los criterios de adjudicación de las garantías de origen y del procedimiento de trabajo no están directamente relacionados con el precio y no afectan a la valoración económica que se encuentra en el sobre número 3, amén de ser indiferente en lo que al incumplimiento de la obligación impuesta por el PCAP de incluir la documentación en sobres separados se refiere, encubre una impugnación del PCAP que no puede ser admitida en este momento, ya que el licitador no reclamó en el plazo legalmente establecido contra aquel y lo aceptó expresamente al participar en la licitación.

En cuanto a que la entidad contratante le resulta imposible realizar la valoración completa de las propuestas técnicas, contraviniendo lo manifestado en el PCAP, cláusula 11. 3), que responde a una lectura parcial y a una interpretación interesada de la cláusula, ajena por completo a su verdadero sentido y finalidad, como pone de manifiesto acertadamente la entidad contratante en su informe y resulta de la mera lectura completa de la cláusula.

En fin, la aseveración de que con la exclusión de dos de los tres participantes en la licitación la entidad contratante vulnera el principio de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, con lo que infringe lo dispuesto en el artículo 60.b) de la LCSE, obvia el incumplimiento por el licitador de las obligaciones formales impuestas por el PCAP a los licitadores y con ello de los principios de igualdad de trato y no discriminación que presiden el procedimiento de adjudicación, con lo que debe rechazarse de plano.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar la reclamación interpuesta por D. P.Y.G., en nombre y representación de IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U., contra el acuerdo del Director General de la Empresa Municipal de Aguas y Saneamiento de Murcia, S.A. (EMUASA) de 14 de junio de 2013 por el que se acuerda la exclusión de la licitación de IBERDROLA

GENERACIÓN, S.A.U., en el procedimiento de contratación del servicio de suministro de energía eléctrica para EMUASA.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta 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.