



Recurso nº 513/2013 C.A Región de Murcia 027/2013
Resolución nº 466/2013

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

En Madrid, a 23 de octubre de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. C.S.G., en representación de DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. (DALKIA), contra la Resolución dictada por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, de 22 de agosto de 2013, por la que se acuerda la clasificación de las ofertas presentadas por los licitadores en el procedimiento de diálogo competitivo, del *“contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la prestación de servicios energéticos referentes a las instalaciones del pabellón municipal y piscina cubierta”*, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Excmo. Ayuntamiento de Puerto Lumbreras convocó, mediante anuncio publicado en el BOE el 12 de julio de 2012 y en el Diario Oficial de la Unión Europea (con fecha de envío el 27 de junio de 2012), licitación para adjudicar por procedimiento de diálogo competitivo el *“contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la prestación de servicios energéticos en las instalaciones del pabellón municipal y piscina cubierta del municipio de Puerto Lumbreras”*.

Con carácter previo, había aprobado el documento descriptivo y el programa funcional, que vienen a ser los “Pliegos” que han de regir la licitación. El documento descriptivo (Documento número 1 del Expediente) señala que el objeto del contrato constituye la ejecución de una actuación global e integrada de servicios energéticos para la adecuación de las instalaciones del Pabellón Municipal y Piscina Cubierta del municipio de Puerto Lumbreras a los preceptos de los reglamentos de eficiencia energética de

aplicación a las instalaciones en vigor. Y remite a una posterior concreción definitiva, tras el diálogo, de las prestaciones que se integrarían en el contrato, pero señalaba “a grandes rasgos” las mismas, entre las que estaban, de forma separada (el subrayado es nuestro):

- *“la financiación de las obras finalmente ejecutadas, con recuperación de la inversión a través del ahorro energético y económico alcanzado a lo largo de la vigencia de contrato. Implantación de al menos un 20% de energías renovables con respecto al consumo actual”*
- *“Gestión energética: reducir el consumo global de energía (con respecto a la suma de gas propano y electricidad indicado en el pliego) en al menos un 20%. Y la gestión energética para el funcionamiento correcto de las instalaciones objeto del Contrato; gestión del suministro energético necesario y control de calidad, cantidad y uso.”*

Los criterios de adjudicación y su correspondiente baremación venían establecidos en la cláusula 11 (folios 12 y siguientes) y distinguía 4 apartados:

a) Valoración técnica de la propuesta de gestión energética de la prestación P1 con una puntuación máxima de 35 puntos que se distribuiría de la siguiente forma:

	MÁXIMA
<i>Reducción en el consumo global de energía (% respecto al consumo de electricidad indicado en este documento). A estos efectos, no se considerará a las energías renovables como reducción de consumo de energía. Se valorará a partir de 20% de reducción del consumo de energía, valorando la oferta más alta con la puntuación máxima y aplicando una progresión lineal al resto. Se permitirá sustituir un máximo del 10 % (aplicado sobre la totalidad del consumo de energía) de ahorro energético por energía solar térmica.</i>	20
<i>Aumento del % de energías renovables por encima del 20% calculado como fracción de energías renovables con respecto al consumo de gas propano y electricidad actuales.</i>	15

b) Valoración técnica de la propuesta de programa de mantenimiento de las instalaciones de la Prestación P2 y Valoración técnica de la propuesta de Garantía Integral de la Prestación P3, con una puntuación máxima de 15 puntos. La asignación de la baremación se distribuía a razón de una puntuación máxima de 10 puntos que se otorgaba en función de distintos elementos (plan de mantenimiento, inspecciones, descripción de tareas a realizar, etc...) y 5 puntos que se otorgaba la implantación de gestión telemática de medida de la energía realmente consumida así como de otros parámetros.

c) Valoración de la calidad de la Memoria Técnica de la Prestación P4 de Obras de Mejora y Renovación de las Instalaciones existentes para conseguir una mayor eficiencia energética: hasta un máximo de 15 puntos. En este caso se realizaría un estudio comparativo entre las distintas ofertas, pudiendo la Administración titular de las instalaciones no otorgar puntuación en alguno o todos los apartados, en función de la calidad técnica apreciada.

d) Valoración de la propuesta económica con una puntuación máxima de 35 puntos. La puntuación máxima recaería sobre la baja económica más alta, obteniendo ésta 35 puntos y el resto se puntuaría de forma proporcional.

El documento contenía una serie de anexos, siendo el anexo 4 el modelo de proposición económica, y el anexo 5 el modelo de cuadro de precios de las prestaciones del contrato.

Además del documento descriptivo, se aprobó el programa funcional (documento número 2 del expediente) que recogía entre las prestaciones a realizar (páginas 42 y siguientes) la de (el subrayado es nuestro): *“incrementar el grado de eficiencia energética en el conjunto de las instalaciones”* y adicionalmente *“se incrementará la fracción de energías renovables hasta al menos el 20% de la energía total consumida. La energía total consumida es la indicada en este apartado y corresponde a la suma de electricidad y gas propano ambos en kWh”*.

Segundo. La tramitación del procedimiento de diálogo competitivo siguió los trámites previstos en los artículos 179 a 183 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector

Público (en adelante TRLCSP). En particular, solicitaron su participación las empresas: CLÍMACO, S.L.; PAVASAL, EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A; VALORIZA FACILITIES, S.A.U; UTE ED INGENIERÍA S.L-RÍOS RENOVABLES, S.L; EMURTEL, S.A; DALKIA, ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A; IRSA INSTALADORES REUNIDOS, S.A.

Con base en la valoración de la documentación administrativa, el 16 de noviembre de 2012, (páginas 97 y 98) la MEDC excluye a la empresa CLÍMACO, S.L y propone que se invite solamente a participar en el “diálogo” a las empresas PAVASAL, EMPRESA CONSTRUCTORA S.A; VALORIZA FACILITIES, S.A.U; UTE ED INGENIERÍA S.L-RÍOS RENOVABLES S.L; EMURTEL, S.A.; DALKIA, ENERGÍA Y SERVICIOS S.A, de las cuales todas, menos PAVASAL, EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A, presentan ofertas y con las que se sigue el correspondiente diálogo sobre la proposición económica, el cuadro de precios de las prestaciones del contrato, el estudio técnico-económico de las prestaciones P1, P2 y P3, y la inversión.

El 15 de julio de 2013 el órgano de contratación elaboró como resultado final del “diálogo” un documento denominado “*Condiciones de la oferta final del Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado para la prestación de servicios energéticos en las instalaciones del Pabellón Municipal y Piscina Cubierta del Municipio de Puerto Lumbreras*” (documento número 10, folios 139 a 150).

El documento recogía el objeto del contrato en idénticos términos que el definido en el documento descriptivo y determinaba de forma concreta las distintas prestaciones. Igual que el documento descriptivo y el programa funcional, indicaba que entre las distintas prestaciones a realizar estaban (el subrayado es nuestro): “la implantación de al menos un 20% de energías renovables” y “*la reducción del consumo global de energía (con respecto a la suma de gas propano y electricidad consumidos actualmente) en al menos un 20% y la gestión energética para el funcionamiento correcto de las instalaciones, gestión del suministro energético necesario y control de calidad, cantidad y usp*”.

Los criterios de adjudicación y su ponderación definidos en la cláusula 5 de las condiciones finales eran los mismos que los que recogía el documento descriptivo en su cláusula 11 antes expuesto. La cláusula 4 del documento final indicaba, igual que el documento descriptivo, que en lo que se refiere a la “*presentación y examen de las*

ofertas” se incluirían todos los elementos requeridos y necesarios para la ejecución del contrato.

Tercero. Sólo dos de las empresas que participaron en el diálogo presentaron su oferta final, la recurrente, DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A, y la UTE ED INGENIERÍA S.L.-RIOS RENOVABLES S.L.

El día 29 de julio de 2013, a las 11:00 horas, en acto público (folios 11-113 del Expediente), la MEDC procedió a la apertura de las *“ofertas económicas presentadas por los licitadores”*, constando en el Acta la relación de 4 documentos por cada empresa. El documento 1 desglosaba los precios por prestación siguiendo el modelo del anexo 4 (oferta económica) antes citado, el documento 2 recogía el cuadro de precios de las prestaciones del contrato, el documento 3 recogía el programa de mantenimiento de las instalaciones y la valoración técnica de garantía integral, y el documento 4 la relación y programación de inversiones incluidas en las prestaciones P1 y P4. Finalmente se consignaba un resumen que indicaba lo siguiente:

En lo que se refiere a ED. INGENIERÍA S.L.-RIOS RENOVABLES S.L se indicaba:

- % ahorro energético: 61,62%.
- % energía renovable: 17,89% más 22,93% (Biomasa) más 1,05% más 1,58 % = 43,45%.

En lo que se refiere a DALKIA, SA:

- % ahorro energético 59,40%.
- % energías renovables: 67%.
- % ahorro energético sobre el consumo global de energía considerando sólo el 10% de energía solar: 31,60%.

Cuarto. El 1 de agosto de 2013 la MEDC, en acto público, leyó el informe técnico de valoración redactado por D. José Fernández Navarro, Arquitecto Técnico Municipal y vocal de la MEDC (página 114 del Expediente Administrativo). DALKIA ENERGÍA Y

SERVICIOS S.A estaba presente y por medio de su representante pidió aclaraciones y solicitó que se revisase el apartado del tanto por cien de ahorro de energías renovables por considerar que existía un error de cálculo.

El día 5 de agosto (folio 115 del Expediente) la MEDC se reunió en acto público y se reafirmó en la puntuación otorgada, y elevó la propuesta de adjudicación a favor de ED INGENIERÍA S.L-RIOS RENOVABLES S.L. El representante de DALKIA pidió que se incluyese el informe técnico en la notificación de la propuesta de adjudicación y se le indicó que la adjudicación sería motivada.

Quinto. Con fecha 22 de agosto de 2013 la Junta de Gobierno Local adoptó el acuerdo, ahora recurrido, de propuesta de clasificación de las proposiciones presentadas y de requerimiento a la mercantil UTE ED INGENIERA S.L-RÍOS RENOVABLES S.L. En el acuerdo se detallaban las distintas puntuaciones. En lo que se refiere a la Prestación P1 y su valoración, se asignaba una puntuación final de 35 puntos en el caso de la UTE y 34,28 puntos en el caso de DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS S.A, pero no se deslindaba la puntuación otorgada a los dos subapartados señalados anteriormente y que eran: reducción consumo global de energía y aumento del % de energías renovables. Sí detallaba en este apartado una relación de distintos elementos como las unidades de suministro y montaje de colectores solares en piscina cubierta, la integración de instalación en biomasa, o la renovación de la instalación solar del campo de fútbol, con su cuantificación económica. Se dio registro de salida del día 2 de septiembre recibiendo la notificación el recurrente el día 5 de septiembre.

El informe técnico que obra incorporado al expediente administrativo como documento número 5 (folios 116 a 122 del Expediente) sí contiene dicho desglose como se comprueba acudiendo al folio 120 del expediente.

Sexto. El día 16 de septiembre de 2013 (con fecha de entrada en el registro del Ayuntamiento de Puerto Lumbreras de 18 de septiembre) DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS S.A anunció la interposición del recurso especial en materia de contratación administrativa. El 18 de septiembre de 2013 (con fecha de entrada en el registro del TACRC de 19 de septiembre de 2013) interpuso recurso especial en materia de contratación.

Séptimo. El día 4 de octubre de 2013 se dio traslado por el órgano administrativo del expediente administrativo, del informe previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, así como de la identificación de las empresas que se presentaron a la licitación. Con carácter previo había comunicado que el órgano de contratación era un órgano colegiado cuya constitución era necesaria para la emisión del informe y que se remitiría el mismo una vez se celebrase la preceptiva sesión.

Octavo. La Secretaría del Tribunal, en fecha 3 de octubre de 2013, dio traslado del recurso interpuesto a los licitadores (IRSA INSTALADORES REUNIDOS, S.L; PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A; UTE ED INGENIERÍA S.L-RÍOS RENOVABLES S.L; UTE EMURTEL S.A-EVERIS; VALORIZA FACILITIES, S.A.U), otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo presentado alegaciones la UTE ED INGENIERÍA S.L-RÍOS RENOVABLES S.L el día 9 de octubre de 2013.

Noveno. Por resolución de 25 de septiembre este Tribunal acordó la suspensión provisional del procedimiento hasta que se dictase resolución del recurso, dado que el análisis de los motivos que fundamentaban la interposición ponía de manifiesto que los perjuicios que podían derivarse de la continuación del procedimiento serían de difícil o imposible reparación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se ha calificado por el recurrente como especial en materia de contratación, y siendo el Ayuntamiento una Corporación Local de la Región de Murcia, este Tribunal es competente para resolverlo en virtud del convenio de colaboración suscrito por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (BOE de 21 de noviembre de 2012).

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de conformidad con el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. El acto recurrido es el de “*clasificación de las ofertas*” efectuada por el órgano de contratación en un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Estamos por lo tanto ante un contrato sujeto a regulación armonizada, “*en todo caso*”, conforme al artículo 13 apartado 1 del TRLCSP, y susceptible de recurso especial en materia de contratación administrativa con arreglo al artículo 40, apartados 1.a) del TRLCSP.

Respecto al acto concreto que se impugna, y a la vista de las alegaciones del órgano de contratación que pone de relieve que no se está recurriendo el acto de adjudicación, resulta necesario indicar que aunque no sea propiamente el acto de adjudicación, ello no significa que no sea susceptible de recurso. En este sentido con arreglo al artículo 40.2 letra b) del TRLCSP, pueden impugnarse los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación cuando éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, lo que ocurre en el presente caso pues el órgano de contratación ha hecho suya una puntuación que, según el recurrente, adolece de errores de cálculo, y esta puntuación determinará la adjudicación del contrato a la UTE ED INGENIERA S.L-RÍOS RENOVABLES S.L.

Cuarto. El recurrente ha interpuesto el recurso dentro del plazo de los 15 días hábiles que fija el artículo 44 del TRLCSP, mediante escrito presentado en el registro del órgano de contratación, previo su anuncio.

Quinto. El recurrente impugna el acuerdo de clasificación de las ofertas con arreglo a dos motivos de impugnación que son los siguientes:

1. Falta de valoración equitativa de las ofertas presentadas. Considera que la valoración que efectuó la Mesa, y que ha acogido el acto de clasificación de las ofertas, no se ajustó a los criterios de adjudicación fijados en las condiciones de la oferta final, que ha vulnerado el principio de proporcionalidad en la ponderación de las ofertas, y que la valoración no ha sido ni objetiva ni uniforme. Añade que a la vista de ello se han vulnerado gravemente los principios de igualdad y transparencia.

2. Falta de motivación en la valoración de las ofertas presentadas. Considera que existe una falta absoluta de motivación razonable y un error material, arbitrario o discriminatorio y en consecuencia se incumplen los artículos 54.1 letra a) de la Ley 30/92 y 151 del TRLCSP y cita al efecto determinadas sentencias del Tribunal Supremo [29.3.2005 (rec. 3073/01), 31.10.94(rec. 11657/1990), 29.3.2005 (rec. 3073/01), 16.12.05(Rec.5766/00) y 20.7.09 (Rec. 744/07)], así como distintas resoluciones de este Tribunal [Resolución 198/12 (Rec.190/2012), 20.9.12 (Rec. 262/12)].

Sexto. El órgano de contratación, en el informe remitido a este Tribunal, defiende la legalidad de la resolución administrativa indicando:

1.- Respecto a la falta de valoración equitativa de las ofertas presentadas, indica que aunque DALKIA haya señalado un porcentaje de ahorro en energía superior a la UTE ED INGENIERÍA S.L-RÍOS RENOVABLES S.L, considera que ello no es técnicamente posible porque ejecutan menos medidas al sustituir sólo 60 uds de colectores solares frente a las 90 uds de la UTE. Añade que el pliego no señala la aplicación de una regla proporcional (de tres simple) respecto a la valoración de tanto por cien de energías renovables por encima del 20%, sino el criterio de la valoración da la máxima puntuación a todas aquellas empresas participantes que superen dicho porcentaje.

Sobre este motivo de impugnación la UTE ED INGENIERÍA S.L-RÍOS RENOVABLES S.L señala que lo que el recurrente pretende es impugnar de forma extemporánea la cláusula quinta de las condiciones de la oferta final, en la que de ninguna manera se indica que se vaya a valorar de forma proporcional. Añade que *“si la parte entendía que tal cláusula vulneraba la legalidad al no definir ninguna pauta de valoración lo precedente hubiera sido impugnar las condiciones pero no sustituir las por una interpretación propia”*. Entiende que la cláusula 5 se limitó a señalar una puntuación de 15 puntos a todo aquel que ofertara un aumento superior al 20% de energías renovables.

2.- Respecto a la falta de motivación en la valoración de las ofertas presentadas indica que no se impugna el acto de adjudicación que es posterior y que reuniría las condiciones de motivación del artículo 151.4 del TRLCSP.

Pasamos a examinar ambos motivos de forma separada.

Séptimo. Mediante el primer motivo de impugnación el recurrente lo que discute, en esencia, es la forma de valorar uno de los criterios de adjudicación, en concreto el relativo al tanto por cien del aumento de energías renovables por encima del 20%.

Para saber cómo tiene que valorarse el criterio del aumento del tanto por cien en energías renovables es necesario atender a lo dispuesto en el documento descriptivo y en el Programa funcional porque éstos, igual que los Pliegos en el resto de procedimientos de licitación, son la ley del contrato. Respecto a los mismos, como viene señalando este Tribunal de forma reiterada (Resoluciones 303/2012, 25/2013 y 30/2013 entre otras), de acuerdo con una jurisprudencia constante (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001, de 8 de junio de 1984 o de 13 de mayo de 1982 entre otras), en su interpretación es posible la aplicación de las normas del Código Civil y en particular de los artículos 1281 y siguientes, de donde resulta que hay que estar a la intención de los contratantes, que las cláusulas han de interpretarse las unas con las otras, y que cuando haya diversas acepciones se estará a la que resulte más acorde a la naturaleza y al objeto del contrato.

Pues bien, la cláusula 11 del documento descriptivo (y que recoge la cláusula 5 del documento final) indicaba únicamente que se valoraría hasta con una puntuación máxima de 15 puntos el aumento del porcentaje de energías renovables por encima del 20% calculado como fracción de energías renovables con respecto al consumo de gas propano y electricidad actuales. De la lectura literal de este criterio de adjudicación podemos concluir que no puede acogerse la tesis del órgano de contratación y de la UTE de que la puntuación era de 15 puntos para todos los licitadores que ofertasen el aumento por encima del 20%, sino que se puntuaría a partir de dicho aumento y con una puntuación de hasta un máximo de 15 puntos. Esta interpretación que resulta de su sentido literal queda confirmada por el resto de las previsiones de los documentos que rigen la licitación, dado que como se desprende del documento descriptivo, del Programa

fundacional, y del documento final, un objetivo de la licitación era conseguir un mínimo de un 20% de aumento de energías renovables. Por lo tanto, el aumento del 20% en energías renovables respecto al consumo actual era un requisito indispensable y mínimo para que la oferta técnica fuese admisible, y, a partir de ese mínimo, el aumento se valoraría con una puntuación de 0-15 puntos.

Entendemos que cualquier licitador suficientemente informado y normalmente diligente lo interpretaría en el sentido de que cuanto mayor aumento de energías renovables, mayor sería la puntuación en este apartado. No desconoce este Tribunal que ninguna licitación puede perseguir, en el estado actual, un uso al 100% de energías renovables, por no ser técnicamente posible ni tampoco factible desde el punto de vista económico ni de eficiencia energética. Pero obviamente la oferta es un todo, y cada licitador tendría que hacer una oferta coherente en relación con los demás criterios, entre los cuales también estaban la parte técnica, incluida la eficiencia energética, y la parte económica.

Pero el problema en sí es que lo que no especifica el documento descriptivo (y tampoco el documento final) es cómo tenía que haberse llevado a cabo dicha valoración. Y a diferencia del criterio relativo al aumento de eficiencia energética, que establece una regla matemática (la más alta recibiría una puntuación máxima y al resto se aplicaría una progresión lineal) los documentos citados guardan silencio. Ahora bien, el hecho de que este criterio se use para valorar el ahorro de energía no permite trasladar la aplicación de dicho método automática también al aumento de energías renovables, que es lo que pide el recurrente.

El informe remitido por el órgano de contratación a este Tribunal no aporta ninguna luz al problema de cómo debía de hacerse la distribución de la puntuación de hasta 15 puntos. Por una parte ha asignado una puntuación idéntica de 15 puntos a ambos licitadores, sosteniendo que el criterio a seguir era dar 15 puntos a los licitadores simplemente por superar el porcentaje del 20%, lo que como hemos indicado no es ajustado a los documentos que rigen la licitación. Por otra parte, el informe remitido indica que *“aun cuando la puntuación ha sido asignada igualitariamente, el número de colectores solares ofertados por ED INGENIERA, S.L. RÍOS RENOVABLES S.L supera en 30 unidades el ofertado por DALKIA S.A-siendo este el único elemento diferenciador de ambas ofertas*

respecto al criterio de referencia-sin que sea técnicamente posible ofrecer un mayor porcentaje de ahorro a partir de un número menor de colectores.”

De la lectura de la explicación dada en el informe lo que parece inferirse es que el técnico considera que el dato que da DALKIA S.A en lo que se refiere al porcentaje por encima del 20% de energías renovables no es ajustado o técnicamente posible en relación con el resto de su oferta. La alegación que hace la recurrente de que el porcentaje de ahorro no se podía medir en función de colectores no resulta totalmente ajustada, en el sentido de que el técnico no ha evaluado dicho criterio en función del número de colectores, sino que ha concluido que la oferta de DALKIA S.A no es factible o ajustada a los datos que contiene, porque con un número de fuentes de energía renovables (como los colectores solares) menor que la otra licitadora, no resulta posible ofrecer un mayor porcentaje de energía renovables.

La apreciación que parece que hace el técnico es posible porque el órgano de contratación tiene que comprobar la exactitud de las informaciones facilitadas por los licitadores. De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene declarado que uno de los principios del Derecho comunitario en materia de contratación pública es la posibilidad de que los criterios vayan acompañados de requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de las informaciones facilitadas por los licitadores (sentencia de 4 de diciembre de 2003, C-448/01, EVN y Wienstrom, Rec. P. I-14527, apartados 51 a 52).

Ahora bien, si esto ha sido así, lo que no entiende este Tribunal es que ambos licitadores hayan obtenido una puntuación idéntica. Por el contrario, entendemos que esta apreciación del técnico tenía que haberse reflejado en la puntuación, porque siendo las ofertas distintas, distinta tenía que haber sido la puntuación dada. Dar una puntuación idéntica a dos ofertas que son distintas no resulta ajustado a los principios de igualdad y de transparencia que han de regir la licitación, y que constituyen como ha señalado reiteradamente el TJUE la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos (Sentencia de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom, C-448/01, Rec.P.I-14527, apartado 47).

Es más, si la MEDC no consideraba factible la propuesta de DALKIA, lo normal es que le hubiera requerido, si quiera a través del Órgano de contratación, información

suplementaria con el fin de verificar si era o no posible dicho aumento en energías renovables, y con esa información haber podido valorar la información dada por DALKIA S.A. Estamos ante prestaciones particularmente complejas, y por eso el artículo 183 del TRLCSP brinda al órgano de contratación la posibilidad de solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, de forma que entendemos que así podía haberlo hecho la MEDC, máxima cuando procedió a “revisar” la puntuación inicial a instancia de ese licitador.

Todo lo expuesto nos lleva a concluir que la forma de valorar las ofertas por la MEDC, y que el órgano de contratación ha hecho suya, no ha sido la que se establecía en el documento descriptivo y además no ha resultado ajustada a los principios de igualdad y transparencia. Por ello entendemos que el acuerdo de clasificación debe anularse para que la valoración se realice de nuevo.

Ahora bien, los problemas de la puntuación y de la confusión que se han generado con el informe de la MEDC que el órgano de contratación ha hecho suyo, arrancan de los propios Documentos que rigen la licitación, que son los que tienen que determinar cómo debe valorarse dicho criterio. El documento final, al igual que el documento descriptivo, no determinaba la forma en que se tenían que asignar los 15 puntos. Podía entenderse que estamos ante un criterio subjetivo pero lo cierto es que son las empresas las que determinaban el aumento del tanto por cien en energías renovables por lo que la forma de valorar la misma debía poder solventarse de forma automática y no mediante el criterio subjetivo de la MEDC. En este punto, y dadas a las alegaciones de las partes, el hecho de que no intervenga un Comité de Expertos es indiferente, pues el artículo 150.2 párrafo segundo del TRLCSP y el artículo 25 del RD 817/2009 de 8 de mayo, que desarrolla parcialmente la Ley 30/07, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (en vigor en lo que no contradiga al TRLCSP), sólo reservan esta figura con carácter necesario para las licitaciones tramitadas por un procedimiento abierto o restringido.

Por otra parte, a este problema se añade el hecho de que la valoración de los criterios ha sido hecha en un único acto, lo cual sólo sería posible si todos los elementos a valorar dependiesen de un juicio de valor, o si bien, todos los elementos fueran evaluables de forma automática. Pues bien, la primera opción debe descartarse, habida cuenta de que el criterio relativo a la reducción en el consumo global de energía y a la oferta económica,

contenían dos reglas matemáticas y de aplicación automática para la valoración de estos criterios. Y por otra parte, entendemos que es dudoso que todos los elementos fueran susceptibles de evaluación automática habida cuenta que era necesaria una valoración técnica de las prestaciones P2, P3 y P4, indicando el documento descriptivo (y en el mismo sentido el documento final) que se realizaría un estudio comparativo entre las distintas ofertas, pudiendo la Administración titular de las instalaciones no otorgar puntuación en alguno o todos los apartados, en función de la calidad técnica apreciada.

Por lo tanto, y a la vista de lo expuesto, era necesario, conforme al artículo 150 apartado 2 párrafo 3 del TRLCSP, que entendemos plenamente aplicable al procedimiento de diálogo competitivo, que la evaluación de los criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas se realice tras efectuar previamente la de aquellos criterios en que no concurra esta circunstancia, dejando constancia documental de ello. Y el RD 817/2009 de 8 de mayo, que desarrolla parcialmente la Ley 30/07, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, dispone en el artículo 26 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 aquellos. Este artículo no distingue entre el tipo de procedimiento (a diferencia por ejemplo del artículo 25) y por lo tanto entendemos que también es aplicable al procedimiento de diálogo competitivo. Estos sobres deben presentarse cerrados e identificados en su exterior tal y como prevé el artículo 80 apartado 1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre.

No obstante, atendiendo a las Actas, no consta en ningún momento que dicha evaluación se realizara de esta forma, sino todo lo contrario, pues hubo un único informe que valoró y puntuó todos los criterios de adjudicación de forma conjunta. Además, tampoco se guardó la debida separación en las ofertas porque hubo una única oferta con todos los criterios de valoración incluidos en la misma, y por lo tanto no se garantizó que el conocimiento de las puntuaciones otorgadas a los criterios evaluables de forma automática no influyera en la valoración de los criterios cuya evaluación dependiera de un juicio de valor. De hecho, dicho conocimiento podría haber influido en la valoración dado que sólo hay una diferencia de 4,56 puntos entre las puntuaciones de los dos únicos

licitadores. En lo que se refiere al criterio controvertido, además, la puntuación que se ha otorgado al apartado de la superación del 20% en energías renovables ha sido decisiva, pues si se hubiera otorgado una mayor puntuación (siquiera de 5 puntos) a uno o a otro licitador, el resultado de la licitación habría sido distinto. A la vista de ello concluimos que ha existido un vicio de nulidad de pleno derecho pues se ha menoscabado la objetividad de la valoración y en el tratamiento igualitario de los licitadores

El problema que se plantea es el alcance de este vicio de nulidad en un procedimiento de licitación de diálogo competitivo como el que nos ocupa, que, por su complejidad, se divide en dos fases distintas y con una tramitación larga y compleja. En otro tipo de procedimientos, lo procedente es declarar la nulidad de todo lo actuado con el fin de elaborar unos Pliegos ajustados a Derecho, pero esa solución, que afectaría al documento descriptivo en el procedimiento que nos ocupa, resulta demasiado onerosa, por lo que entendemos que únicamente debe retrotraerse el procedimiento de licitación hasta el momento en que se declara terminado el diálogo competitivo. A favor de esta solución pueden señalarse los siguientes argumentos.

En primer lugar, el principio de *“máxima conservación del acto administrativo”* puesta ya de manifiesto en nuestra Resolución 88/2013 (Recurso 96/2013), en la que explicamos que este principio impide una interpretación extensiva de la retroacción, en aplicación de los arts. 66 y 64 de la Ley 30/92, estableciendo sobre esta cuestión, este último precepto lo siguiente: *“2 La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado.”*

Pues bien, la forma de presentar las ofertas y su valoración no ha tenido lugar en la fase de diálogo con las empresas, ni ha podido influir en la licitación hasta el momento en que se invita a las mismas a realizar su oferta final. Anular todo el procedimiento de diálogo competitivo resultaría no sólo demasiado oneroso sino innecesario habida cuenta de que no ha afectado a la primera parte del mismo.

En segundo lugar, no desconoce este Tribunal que los artículos 150 apartado dos y 183 apartado dos del TRLCSP (igual que el artículo 29.7 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los

procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios) determinan que la valoración se hará con arreglo a los criterios determinados en el documento descriptivo. Pero es que el criterio a valorar, el aumento del tanto por cien de energías renovables por encima del 20% y su ponderación correspondiente, ya ha sido fijado en el documento descriptivo, que es lo que exigen estos artículos. Entendemos que no sería contrario ni al TRLCSP ni a la Directiva. 2004/18, considerar que el documento final aprobado en un procedimiento de diálogo competitivo pueda realizar excepcionalmente esta precisión, pero, obviamente con determinadas cautelas y siempre que no contradiga lo establecido en el documento descriptivo. Así por ejemplo, no podría suprimir este criterio de adjudicación, no podría introducir variaciones en el mismo, o no podría indicar que se diera una puntuación máxima de 15 puntos a todas las empresas que superasen del 20% de energías renovables, porque esto no es lo que ha fijado el documento descriptivo. El documento descriptivo ha fijado que se valore por encima del 20% y hasta 15 puntos y ello implica que la empresa que más porcentaje oferte mayor puntuación tiene, pero lo que debe determinarse, antes de la valoración y con conocimiento de las empresas para que puedan preparar su oferta final, es cómo se va a llevar a cabo dicha valoración.

Esta solución sería similar a la que el TJUE utiliza para enjuiciar la viabilidad de introducir una ponderación de elementos secundarios por una mesa de contratación, indicando que no infringe el Derecho de la Unión siempre que tal decisión no modifique los criterios de adjudicación definidos en el pliego de condiciones; no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la presentación 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 (Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 2005, ATI EAC Srla y Viaggi di Maio Snc y otros/ACTV Venecia Spa y otros, C.331/04, Rec.p.I-10109, apartado 32).

Finalmente, aunque el documento descriptivo no determine que las ofertas debieran presentarse en sobres separados que contuviesen de forma independiente las ofertas con los criterios cuya evaluación dependa de un juicio de valor, y los criterios que no dependan de un juicio de valor, y que la evaluación debiera hacerse en la forma que determina el artículo 27 del RD 817/2009, ello no implica que no tuviese que hacerse así.

El documento descriptivo solo indica que la oferta debiera tener todos los elementos necesarios para ser evaluada, que es lo que determina el artículo 183 apartado 1 del TRLCSP, por lo que el órgano de contratación tenía que haber invitado a presentar las ofertas a los licitadores en la forma determinada legalmente, porque de hecho, tanto el órgano de contratación como la MEDC vienen sujetas a los dispuesto en el TRLCSP y en sus disposiciones de desarrollo.

Todo ello conlleva a la declaración de nulidad de la resolución de clasificación de las ofertas, y a la retroacción del procedimiento de licitación de diálogo competitivo hasta el momento en que el “diálogo” se declaró terminado, de forma que tendrá que aprobarse un nuevo documento final en el que, sin contradecir, y con sujeción en todo caso al documento descriptivo, se especificará la forma en que se va a valorar el aumento del tanto por cien en energías renovables por encima del 20%. Igualmente se especificará que las ofertas se presentarán en sobres cerrados y distintos según contengan los criterios cuya evaluación dependa de un juicio de valor o evaluables de forma automática, realizándose la valoración de estos últimos en un momento posterior. Se tendrá que invitar de nuevo a todas las empresas que participaron en el diálogo, de forma que a la vista del documento final puedan decidir si desean o no presentar una oferta.

Octavo. A la vista de lo resuelto en el anterior motivo no resulta necesario entrar a conocer de las alegaciones realizadas por el recurrente sobre la falta de motivación de la propuesta de clasificación. No obstante, y de cara a evitar posibles recursos ulteriores, debe simplemente recordarse que la exigencia de motivación, de acuerdo con lo indicado por el TJUE, depende de cada acto “concreto” y “debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular del contenido del acto, de la naturaleza de los motivos invocados, y del interés que los destinatarios y otras personas afectadas directa e individualmente por dicho acto puedan tener en recibir explicaciones” (Sentencia de 2 de marzo de 2012, Evropaïki/EMSA, T-70/05, Rec.p.I-II-00313, apartado 171). Por lo tanto, estando ante el acto de clasificación de las ofertas no cabe aquí la aplicación del artículo 151.4 del TRLCSP y de la jurisprudencia que cita el demandante, que sólo se refiere a los requisitos que debe reunir la notificación de la adjudicación, que no es el caso que nos ocupa, pues sólo estamos ante la clasificación de las ofertas. Y tampoco es necesario que se incorpore el informe técnico en su integridad como pide el recurrente,

pues esta exigencia ni siquiera es exigible cuando se notifica la adjudicación, como ha indicado el TJUE al explicar que no es necesario suministrar una copia completa de la evaluación (Sentencia del Tribunal General de 24 de abril de 2013, T-32/08, aún no publicado, apartado 39).

Ahora bien, ello no implica que el acuerdo de clasificación no deba estar motivado, de hecho, deberá motivarse aunque sea de forma sucinta de manera que consten las razones de dicha clasificación y de la correspondiente evaluación. En cualquier caso lo cierto es que en el supuesto que nos ocupa, la recurrente asistió a la lectura del informe técnico, rebatió la puntuación, consiguió que se revisase, y ha articulado fundadamente su recurso conociendo dichas puntuaciones y las causas de las mismas, por lo que debe descartarse cualquier tipo de indefensión material derivada de una supuesta falta de motivación de la resolución impugnada.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar por los argumentos expuestos en esta resolución, el recurso interpuesto por D. C.S.G., en representación de DALKIA ENERGÍA Y SERVICIOS, S.A. contra la Resolución dictada por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, de 22 de agosto de 2013, por la que se acuerda la clasificación de las ofertas presentadas por los licitadores en el procedimiento de diálogo competitivo, del *“contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la prestación de servicios energéticos referentes a las instalaciones del pabellón municipal y piscina cubierta”*, anulando el mismo y retrotrayendo el proceso de licitación hasta el momento en que se declara finalizado el diálogo con las empresas licitadoras.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada conforme a lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.