

## **INFORME JURÍDICO SOBRE LA LICITACIÓN DEL “SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA PARA LAS INSTALACIONES DE AGUAS DE JUMILLA”**

### **I.- Antecedentes.-**

AGUAS DE JUMILLA, S.A., como empresa incluida dentro de la conceptualización de poder adjudicador pero no Administración Pública, procedió a la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea del anuncio de contratación del suministro eléctrico mediante procedimiento abierto (artículo 58/Ley 31/2007), siguiendo el criterio de la oferta económicamente más ventajosa de conformidad a lo establecido en el artículo 60b) de la Ley 31/2007.

A la licitación se presentaron las siguientes empresa

- 1.- IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U.
- 2.- ENDESA ENERGÍA, S.A.U.
- 3.- GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A

### **II.- Deficiencias detectadas.-**

Tras la recepción de ofertas y calificación de la documentación administrativa contenida en el sobre 1, con fecha 3 de junio de 2013, se procedido a la apertura de la proposición técnica contenida en el sobre número 2, dando traslado de la misma al departamento técnico competente para la valoración de las propuestas técnicas de las ofertas.

Con fecha 12 de junio de 2013, se emite informe de valoración técnica en el que se ponen de manifiesto, graves deficiencias en la distribución de la documentación en los distintos sobres por parte de algunas empresas.

Concretamente se comprueba que:

- IBERDROLA GENERACIÓN S.A.U., ha presentado toda la documentación relativa a los criterios de valoración en el sobre número 2, incluidos los criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas.
- ENDESA ENERGÍA S.A.U., presenta los criterios de valoración 1 (Garantías de Origen) y 3 (Procedimiento de Trabajo) cuantificables mediante la aplicación de fórmulas en el sobre número 2, junto con el criterio 5 (Portal web) no cuantificable mediante la aplicación de fórmulas.

### **III.- Regulación en el pliego administrativo.-**

La cláusula 8ª del pliego administrativo de la licitación de referencia, define qué documentación y en qué forma debe ser presentada la misma:

*“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 II y contendrá la documentación que da soporte a la oferta, para lo cual será necesario aportar cumplimentados los datos €/kWh en la pestaña “Anexo II OFERTA TE” de la tabla “Excel” “Listado suministros importe” en formato digital, junto con la oferta económica rellena según el modelo del Anexo II 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.**

El licitador deberá responder de la exactitud de todos los datos presentados.

El licitador que resulte adjudicatario del contrato queda obligado a observar el cumplimiento de la oferta que hubiese realizado que tendrá el carácter de obligación contractual esencial.

El Modelo de Proposición económica se adjunta como Anexo II a este Pliego

Las proposiciones de los interesados se ajustarán a todo lo establecido en el Pliego de Cláusulas Particulares y su presentación supondrá la aceptación incondicionada por

*parte del empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones, sin salvedad alguna o reserva.”*

A la vista de la redacción de la citada cláusula 8ª, 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 número 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 número 3. Haciéndose expresa referencia mediante mayúscula y negrita a que “quedaran excluidas cuando se incluyan en el sobre 2, documentación que deba estar incluida en el sobre 3 por vulnerar (.....) el carácter secreto que han de tener las proposiciones”.

La cláusula número 10 del pliego de cláusulas administrativas particulares señala los criterios de valoración para la adjudicación apreciándose en el mismo que el criterio número 1 garantías de origen y el criterio número 3 procedimiento de trabajo se articulan mediante la aplicación de fórmulas, por lo que estos criterios deben incluirse necesariamente en el sobre número 3, debiéndose incluir el resto en el sobre número 2.

#### **IV.- Consecuencias derivadas de la inclusión incorrecta de la documentación en los distintos sobres.**

La inclusión de documentación técnica que permite valorar la oferta de acuerdo con los criterios de adjudicación cuantificables mediante la aplicación de fórmulas en el pliego número 2, vulnera el carácter secreto de las proposiciones y el principio de transparencia recogido en el artículo 19 de Ley 31/2007, aplicando a esta licitación el mismo régimen establecido para la Ley 30/2007, en el artículo 129.2 y artículo 26 del R.D. 817/2009 de 8 de mayo por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007.

El error cometido por los licitadores, de no tenerse en cuenta, podría vulnerar el principio de igualdad de trato que según la **sentencia del TJUE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica** implica que *“todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora”*.

En situación parecida a la que nos encontramos, la **Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 62/2008 de 2 de diciembre de 2008**, establece que *“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 influir 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 el artículo 19 de la Ley 31/2007”.*

La Junta Consultiva señala que *“la única solución es la inadmisión de las ofertas en que la documentación haya sido presentada en forma que incumplan los requisitos establecidos en el pliego con respecto al secreto de las mismas”* y concluye *“con respecto de los contratos acogidos a la Ley 31/2007, de 30 de 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 en el mismo”*.

#### **V.- Propuesta.-**

A la vista de lo señalado en el cuerpo de este informe, se propone al Órgano de Contratación de AGUAS DE JUMILLA, S.A. que adopte la siguiente decisión respecto de las empresas licitadoras:

- Excluir de la licitación a las mercantiles IBERDROLA GENERACION S.A.U. y ENDESA ENERGIA S.A.U.
- Incluir a la mercantil GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A., con puntuación cero en los criterios no cuantificables mediante la aplicación de fórmulas, según el informe de valoración técnica que se adjunta al presente como anexo 1.

Jumilla, a 15 de julio de 2013.

**Fdo.: Arturo García-Balibrea Ramírez**  
**- Servicio Jurídico -**