

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 5 de abril de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto don F.S.V. y don J.M.D., en representación respectivamente de Becsa, S.A. y de Proemisa, S.L., que concurren a la licitación con el compromiso de constituirse en UTE, contra el Acuerdo de la mesa de contratación de fecha 19 de enero de 2017, por el que se excluye a las mismas de la licitación del contrato “Suministro e instalación de material eléctrico de iluminación con tecnología LED para la renovación y mejora del alumbrado público exterior en el municipio de Arroyomolinos”, número de expediente: 107/16, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 3 de agosto de 2016 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento Arroyomolinos adjudicó el contrato de servicios de asesoramiento técnico y consultoría de apoyo al desarrollo del concurso y las obras de renovación de las instalaciones de alumbrado exterior municipal (Exp. 87/16), a Energium Soluciones y Servicios, S.L. (Energium).

Con fechas 14 y 29 de octubre de 2016, se publicó respectivamente en el DOUE y en el BOE el anuncio de licitación, correspondiente al contrato de Suministro e instalación de material eléctrico de iluminación con tecnología LED para la renovación y mejora del alumbrado público exterior en el municipio de Arroyomolinos, mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un valor estimado de 3.223.159,43 euros, IVA excluido.

Interesa destacar en relación con el objeto del contrato respecto de los criterios valorables en cifras o porcentajes, que el precio no admite minoración, por lo tanto no es valorable, pero se asignan hasta 55 puntos a la inversión ofrecida al Ayuntamiento en concepto de mejoras. Se adjunta en el PCAP la tabla de Mejoras, indicando *“De éstas el licitador podrá ofertar las que considere, pero deberá hacerlo de manera correlativa. Por tanto, no podrá ofertar una mejora sin haber ofertado la anterior, es decir, siguiendo el orden de prelación de las mismas”*.

Nº	DESCRIPCIÓN	UNIDADES	INVERSIÓN (IVA inc.)	PUNTAJACIÓN
1	Instalación y suministro de cable 1x6 mm ² en canalizaciones para suministro eléctrico a puntos de luz sin servicio.	27.000 m.	144.264,00 €	11,5
2	Instalación y suministro de cable 1x16 mm ² de puesta a tierra general en canalizaciones para suministro eléctrico a puntos de luz sin servicio.	6.700 m.	44.179,10 €	3,5
3	Instalación y suministro de cable desnudo de cobre de 1x35 mm ² para puesta a tierra.	50 m.	5.473,95 €	0,4
4	Mejora para el cumplimiento de los niveles de iluminación marcados por REEAER de Carretera M413, calle Carretera y calle Iglesia.	1 Ud.	106.877,19 €	8,5
5	Instalación y montaje de punto de luz, columna y proyector, para iluminación de pasos de cebra.	200 Ud.	220.403,39 €	17,5
6	Reposición de columnas de fundición para farol Villa. Suministro y montaje.	150 Ud.	102.529,35 €	8,2
7	Sustitución de focos de torre de iluminación exterior por tecnología LED.	50 Ud.	68.096,33 €	5,4

En cuanto a los criterios ponderables en función de un juicio de valor, (Sobre B) a los que el pliego asigna de 0 a 45 puntos, se recogen los siguientes:

“A1. Valoración de la Memoria Técnica de Obras de Mejora y Renovación de las instalaciones de Alumbrado Público exterior Incluir en Sobre B: (hasta 20 puntos).

Los licitadores incluirán en el sobre B La Memoria Técnica que describa las actuaciones a acometer, como se especifica en el punto 4.4 del Pliego Técnico. Las memorias técnicas, que no superen los 12 puntos en la valoración de la Memoria técnica, quedarán excluidas del procedimiento”.

Por otro lado, el PCAP en la cláusula 12.B), indica que en el “SOBRE B. DOCUMENTACIÓN TÉCNICA”, *“se incluirá la documentación técnica que se exija, en su caso, en el apartado 7 de la cláusula 1 del propio Pliego y en el Apartado 4.4 del Pliego de Condiciones Técnicas (PPT, en adelante), en orden a la aplicación de los criterios subjetivos en la adjudicación del contrato especificados en el apartado 6 de la citada cláusula, así como toda aquella que, con carácter general, el licitador estime conveniente aportar, sin que pueda figurar en el mismo ninguna documentación relativa a la cláusula 1.6 del apartado a) CRITERIOS VALORABLES EN CIFRAS O PORCENTAJES”.*

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 10 ofertas entre ellas la de la recurrente.

Con fecha 22 de noviembre de 2016 se procedió a la apertura del Sobre A y del sobre B; dándose traslado a los técnicos y a la empresa Energium Soluciones y Servicios, S.L., a los efectos de que emitiera informe sobre la documentación correspondiente al sobre B de las diferentes ofertas, dicho informe que obra sin fechar ni firmar en el expediente administrativo, indica respecto de la oferta de la recurrente que incluye información sobre las mejoras, proponiendo la exclusión de su oferta.

A la vista del Informe la mesa de contratación en sesión de fecha 19 de enero de 2017, propone la exclusión de varias de las ofertas (sic), entre ellas la de la

recurrente, notificándose el contenido de dicho Acta a la recurrente el día 22 de febrero de 2017.

Tercero.- Con fecha 8 de marzo de 2017, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), se presentó recurso especial en materia de contratación ante el órgano de contratación, que remitió el expediente y el informe a que se refiere el artículo 46 del TRLCSP, el día 14 de marzo.

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de Energía Eléctrica Eficiente, S.L., advirtiendo no realizará alegaciones y de Imesapi, S.A., de cuyo contenido se dará cuenta al examinar las distintas cuestiones de fondo de este recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de la oferta de la recurrente del procedimiento de licitación de un contrato de suministro, a pesar de que en el Acta notificada se indica que se “propone” la exclusión, sujeto a regulación armonizada susceptible de recurso especial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Tercero.- El recurso se planteó en tiempo y forma, pues el Acta impugnada en la que consta la exclusión de la recurrente, se notificó el 22 de febrero de 2017 y el recurso se interpuso el 8 de marzo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de personas jurídicas licitadoras en compromiso de UTE clasificadas en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*. (Artículo 42 del TRLCSP) al haber sido excluida de la licitación sin valorar su oferta al incluir en el sobre B documentación referida a la mejora número 1 que debiera incluirse en el Sobre C (Económico).

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso se solicita que se anule el acto de exclusión puesto que los Pliegos establecen la obligación de presentar en el sobre B la documentación a que se refiere el apartado 7 de la cláusula 1 del PCAP que consiste en *“Memoria Técnica explicativa de los elementos propuestos para la nueva instalación de A.P., con estudio detallado de Ahorros energéticos. Especificado en el Punto 4.4 del Pliego Técnico de este concurso”* por lo que en su memoria la UTE describió las actuaciones a realizar por un lado en los puntos de luz o luminarias (apartado 1.7.1) y por otro en los centros de mando (apartado 1.7.2).

Esta descripción a juicio de la recurrente no implica desvelar el secreto de la oferta en cuanto a las mejoras ofertadas.

Es necesario recordar que el TRLCSP señala en su artículo 150 que *“2. (...) La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. 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”.

Parece clara la intención del legislador de mantener la imparcialidad de los técnicos a la hora de valoración de las ofertas, cuestión que se regula en el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que establece 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”.*

En este sentido el Tribunal, en diversas Resoluciones (entre las que cabe citar la 154/2014, de 17 de septiembre, la 143/2014, de 10 de septiembre, la 38/2013, de 6 de marzo, la 24/2012 de 29 de febrero o la 49/2011, de 8 de septiembre), ha manifestado que de admitir las documentaciones correspondientes a los licitadores que no han cumplido la exigencia de presentar de forma separada ambos tipos de documentación, la de carácter técnico susceptible de valoración mediante juicio de valor presentada por éstas puede ser, y de forma inevitable será, valorada con conocimiento de un elemento de juicio que en las otras falta, vulnerando así la garantía de los terceros, debiendo inadmitirse las proposiciones cuando se aprecie que con ello se vulnera lo dispuesto en el artículo 145 del TRLCSP acerca del carácter secreto de las proposiciones hasta el momento de la licitación pública. El principio de igualdad en materia de contratación implica que todos los licitadores han de encontrarse en pie de igualdad de trato tanto en el momento de presentar sus proposiciones como en el momento posterior, de ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Así lo dispone el vigente artículo 139 del TRLCSP *“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y se ajustarán al principio de transparencia”.*

Ahora bien, esta doctrina debe ser matizada al caso concreto desde parámetros de proporcionalidad, teniendo en cuenta las circunstancias de la licitación (en este caso han sido excluidas cinco licitadoras por este motivo) y realizando una ponderación adecuada entre los principios de igualdad y concurrencia. Cabe por tanto acoger las conclusiones del Informe 12/2013 de 22 de mayo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en cuanto la consideración de que *“la inclusión de información sujeta a valoración automática en el sobre de la oferta técnica que no era objeto de valoración no supuso merma material alguna en las garantías de la contratación, pues no se vieron afectados los principios de igualdad de trato y no discriminación”*.

Expuesta la doctrina sobre esta cuestión, procede examinar el caso concreto que nos ocupa.

Los elementos que constan en el proyecto técnico de la recurrente y que han dado lugar a la exclusión de su oferta han sido en concreto los relativos a los centros de mandos y control descritos en el apartado 1.7.1 de su memoria técnica según el cual *“Las actuaciones en los centros de mando del alumbrado público de Arroyomolinos afectarán a la totalidad de los existentes, que son un total de 100 unidades Según el nivel de complejidad de las mismas, podemos distinguir varios tipos: Reposición de los puntos de luz sin servicio, mediante la instalación de cable de alimentación de 4x6 mm² de sección”*.

Más adelante en el apartado 7 de su Memoria Técnica detalla su oferta, explicando que *“Consistirá en la reposición del cable de suministro eléctrico a determinados puntos de luz, como consecuencia de haber sufrido daños o robos. El cable a emplear será de tipo RV-K, con una sección de 4x6 mm², que se instalará en las conducciones de alumbrado que distribuyen la electricidad a los puntos de luz.*

Esta actuación afectará a 11 Centros de mando: 15, 83, 20, 99, 3, 88, 111, 8, 78, 74, 107, 12”.

Actuación que está incluida en el Documento de Memoria Descriptiva Anexo I del Presupuesto Base de Licitación, en el capítulo Centro de Mando Unidad CM 003, en los siguientes términos: Partida *“REHABILITACION DE PUNTOS DE LUZ SIN SERVICIO.*

*Rehabilitación del suministro eléctrico en puntos de luz afectados por robo de cable mediante instalación de **25 m de cable** de conductor RV-k 0.6/1 kV de 4x6 mm² de Cu y conexión de cada nuevo punto de luz afectado a la nueva línea de distribución”.*

Por otro lado el Anexo III de actuaciones de mejora base de la licitación indica la cantidad de **27.000 m** de cable 1x6 mm².

De acuerdo con el informe sobre la documentación del sobre B de las ofertas emitido por Energium Soluciones y Servicios, *“La UTE Proemisa-BECSA, indica claramente que instalará cable de alimentación, sobre la totalidad de los puntos de luz, sin servicio, ya que los que tienen servicio, no necesitan cable de alimentación. Por tanto, se identifica con claridad que la UTE va a realizar la mejora número 1 del Sobre C (Económico) que describe la mejora de la siguiente forma: Instalación y suministro de cable 1x6 mm² en canalizaciones para suministro eléctrico a puntos de luz sin servicio”.*

Afirma la recurrente, contra lo anterior, que en la oferta de la UTE no se cuantifica la cantidad de metros lineales supuestamente a ejecutar como mejora, de lo cual cabe deducir que únicamente se está describiendo la actuación necesaria a realizar en los términos recogidos en el presupuesto del Anexo I pero no que la UTE vaya a realizar como mejora dicha actuación.

Sostiene además que el motivo de su exclusión adolece de un claro error ya que en su Memoria Técnica (sobre B) cuando hace referencia a la reposición de puntos de luz, es dentro del apartado 1.7.2 que se refiere a las actuaciones en los centros de mando, y no a las luminarias que, según el PPT (apartado 4), constituyen instalaciones objeto de actuaciones distintas insertas en las prestaciones que se describen en el contrato. En cambio, la mejora susceptible de ser valorada, con

criterios automáticos según el PCAP, no se refiere a los centros de mando, sino a la instalación y suministro de cable en canalizaciones para puntos de luz o instalaciones de alumbrado exterior, como resulta del apartado 1 (INTRODUCCIÓN) del documento denominado “Anexo 3.- Descripción de las actuaciones de mejora” (página 3), que forma parte de los Anexos al PPT.

La recurrente aduce que además tampoco hace referencia a elementos concretos de la mejora nº 1 de la cláusula 1.6 a) del PCAP como es *“la referencia a instalación de cable en “canalizaciones” ni que el cable de sección sea 1*6 mm² (sino de 4*6 mm²)”*.

Por su parte en el informe al recurso efectuado por Energium se señala que pese a que los cuadros de mando y las luminarias o puntos de luz sean partes distintas de una misma instalación de alumbrado exterior, y sufran distintas actuaciones según lo requerido en el PPT, esto no entra en contradicción con el hecho de que el concursante haya descrito que realizará una de las mejoras evaluables mediante fórmula. No importa si la recurrente ha tenido en cuenta dentro de su plan de obra que instalará el cable de suministro eléctrico, cuando se disponga a ejecutar las operaciones necesarias en los centros de mando o en los puntos de luz, ya que es un simple formalismo a la hora de definir su plan de ejecución de la obra.

Añade que aunque la UTE en su memoria no hace mención expresa a las “canalizaciones” lo cierto es que los cables de distribución, alimentación o suministro eléctrico, pueden viajar desde el centro de mando a los puntos de luz de forma soterrada o de forma aérea. En concreto, en el municipio de Arroyomolinos todos estos cables de suministro están enterrados y viajan a través de canalizaciones. Este hecho es o debería ser conocido por todos los concursantes, y por tanto el hecho de no mencionarlo expresamente no puede significar que no lo vaya a realizar y en el caso de que así fuera porque va a utilizar otro montaje, no sería preciso que describiera esa actuación ya que no es necesaria.

Por último advierte que tampoco hay diferencia en el cable de sección ya que la recurrente indica que su cable será de $4 \times 6 \text{ mm}^2$, que equivale a una terna de 4 cables de 6 mm^2 de grosor cada uno (3 cables, uno para cada fase de la instalación; más un cable para el neutro); mientras que en la mejora número 1 se indica que el cable será de $1 \times 6 \text{ mm}^2$ porque el Ayuntamiento consideró utilizar un solo cable de 6 mm^2 con una longitud 4 veces superior a la del cable de $4 \times 6 \text{ mm}^2$, y así facilitar las labores de instalación en la canalización subterránea, ya que el cable de $4 \times 6 \text{ mm}^2$ tiene un grosor muy superior al cable de $1 \times 6 \text{ mm}^2$. Es decir, que la mejora que se describe en el Anexo 3 como instalación y suministro de 27.000 m de cable $1 \times 6 \text{ mm}^2$, es equivalente a lo que propone la recurrente de instalar un cable de $4 \times 6 \text{ mm}^2$, pero siendo la longitud a instalar por la UTE, los 27.000 m divididos por 4.

A su vez Imesapi sostiene que las actuaciones incluidas en la Memoria IDAE no son obligatorias ya que el presupuesto base de licitación (3.223.159,43 euros) no se corresponde con el presupuesto total de la inversión incluido en la Memoria descriptiva (3.829.275,13 euros). Este argumento tampoco puede ser considerado, puesto que la suma del importe de las mejoras no se corresponde con la diferencia entre el presupuesto base de licitación y el contemplado en la Memoria IDAE, como debería ser en el caso de que sin lugar a dudas las mejoras estuvieran constituidas por la parte de la Memoria que no es de ejecución obligatoria estrictamente como pretende Imesapi.

En primer lugar por lo que se refiere a la relación unívoca entre la descripción de la actuación sobre los puntos de luz afectados por robo de cable y aunque Energium ha considerado la existencia de tal relación de forma indubitada, la misma no se revela como tal. Por otro lado tal y como indica Energium en su informe, una de las actuaciones a realizar obligatoriamente es precisamente la renovación de los centros de mandos en mal estado así como sus elementos interiores, por tanto diferenciada de las actuaciones descritas como mejoras y como tal debe describirse en la memoria técnica requerida por el Pliego. De esta forma cabe considerar que el PPT obliga a realizar una serie de actuaciones entre ellas la renovación de los centros de mandos en mal estado así como sus elementos interiores, y si se

sostiene la relación unívoca entre estos y el cable tal y como hace Energium, así como la inclusión en el contrato de todos los materiales necesarios para las instalaciones de referencia, necesariamente debe entenderse que el cable se debe ofertar siempre. Además, la memoria descriptiva de las actuaciones a realizar anexa al PPT es tan exhaustivamente precisa que al realizar la oferta técnica es inevitable reproducir aspectos de aquella sin que esto suponga anticipar el contenido de las mejoras, ni manifestar la intención de ejecutarlas. Hasta tal punto que para ofertarlas de manera indubitable el órgano de contratación ha definido un modelo de oferta específico en su Anexo 1.2 c del PCAP en el que tan solo cabe indicar marcando con una X sí EJECUTA.

A ello cabe añadir que tal y como señala la propia empresa Energium en su informe, en las memorias de los proyectos técnicos debía incluirse toda la información correspondiente a las actuaciones a acometer en las fases de sustitución de las luminarias y renovación de centros de mando, plan de ejecución de la obra y materiales empleados.

Además, en el informe técnico se reconoce que centros de mandos y luminarias son dos partes diferenciadas de la instalación eléctrica y por tanto no cabe concluir que al describir la propuesta técnica de las primeras se desvele el contenido de las segundas.

La descripción realizada en la oferta de la UTE lo es en términos de funcionalidad idénticos a los que recoge en su Anexo I el PCAP sin que aparezca ningún dato de tipo económico.

Además de lo anterior, es lógico pensar que todas las licitadoras han ofertado esta mejora, ya que a este criterio objetivo previsto en el PCAP se asignan en total 55 puntos, (al ahorro de potencia se asignan otros 25 puntos) y la primera de ellas actúa como una especie de cierre respecto de las demás por lo que cualquier licitador con expectativas de resultar adjudicatario, necesariamente debe ofertar dicha mejora o descargar toda la puntuación en los criterios subjetivos, de más

incierta valoración al responder a la discrecionalidad del órgano de contratación. Por tanto en este caso cabe afirmar que el secreto de la oferta al menos respecto de esta primera mejora queda muy relativizado en los propios pliegos.

De acuerdo con todo lo anterior y teniendo en cuenta la necesidad de promover la concurrencia que a la postre implica mayor eficiencia en la contratación y que el propio diseño de los pliegos prácticamente obliga a ofertar esta mejora, cabe estimar el recurso por este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto don F.S.V. y don J.M.D., en representación respectivamente de Becsa, S.A. y de Proemisa, S.L., que concurren a la licitación con el compromiso de constituirse en UTE, contra el Acuerdo de la mesa de contratación de fecha 19 de enero de 2017, por el que se excluye a las mismas de la licitación del contrato “Suministro e instalación de material eléctrico de iluminación con tecnología LED para la renovación y mejora del alumbrado público exterior en el municipio de Arroyomolinos”, número de expediente: 107/16, procediendo la retroacción del procedimiento para admitir la oferta de la recurrente y continuar el procedimiento para la valoración de las ofertas.

Segundo.- 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.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de 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, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.