

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

En Madrid, a 6 de octubre de 2016.

VISTA la Reclamación interpuesta por don E.M.O., en nombre y representación de E.M.O. Obras, Construcciones, Contratas y Proyectos, S.L.U., y don J.C.T., en nombre y representación de la empresa Grupo Empresarial MAGENTA, S.A, licitadoras en compromiso de UTE, contra la adjudicación del lote II del contrato de obras “Actuaciones urgentes de renovación y reparación de la red de abastecimiento y reutilización de las islas de Lanzarote y La Graciosa”, nº expte. 9/2016/LT02, tramitado por CANAL GESTIÓN LANZAROTE, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria del procedimiento de licitación se publicó el 5 de abril de 2016 en el DOUE, el día 6 en la página web de Canal Gestión Lanzarote, S.A.U., y en el Boletín Oficial de Las Palmas y el 15 de abril de 2016, en el BOCM y en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid.

El contrato, calificado de obras, se licita por procedimiento abierto, en dos lotes y con un solo criterio, el precio. El valor estimado del contrato es de 18.266.666,66 euros.

Segundo.- A la licitación convocada del lote II, se presentaron cinco empresas, entre ellas la UTE reclamante.

El acto público de apertura de proposiciones económicas tuvo lugar el 31 de mayo de 2016. Tras los cálculos oportunos resultó que la oferta de Inesco se presumía incurso en valor anormal o desproporcionado. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 de la LCSE, se solicitó a la empresa, con fecha 2 de junio de 2016, que justificara su oferta, lo que verificó el día 6 de junio, presentando posteriormente un escrito de aclaraciones a petición del órgano de contratación.

Tercero.- Tras los informes correspondientes, con fecha 9 de agosto de 2016, por Resolución del Director Gerente de Canal Gestión Lanzarote, se adjudica el lote II a la empresa INESCO, S.A. (Inesco), al haber realizado la oferta más económica.

La adjudicación fue notificada a las reclamantes por correo electrónico el día 18 de agosto, con fecha de registro de salida de 17 de agosto de 2016, tal y como consta en el expediente.

El día 1 de septiembre de 2016, las reclamantes el tuvieron acceso al expediente de contratación.

Cuarto.- El día 5 de septiembre, los representantes de las empresas que forman la UTE, presentan ante este Tribunal escrito de reclamación contra la adjudicación del lote II del contrato. Previamente, habían anunciado la interposición de la reclamación mediante escrito presentado a Canal Gestión Lanzarote, S.A.U., el 2 de septiembre de 2016.

Canal Gestión Lanzarote, S.A.U. remitió el expediente y el informe a que se refiere el artículo 105.2 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 (LCSE), el día 15 de septiembre.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 105.3 de la LCSE, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, habiendo presentado el correspondiente escrito la empresa INESCO, S.A., que alega en primer lugar la extemporaneidad de la reclamación y además, la adecuada justificación presentada por su empresa para acreditar la viabilidad de la oferta, por lo que subsidiariamente solicita su desestimación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sociedad Canal Gestión Lanzarote, S.A.U., es una empresa del grupo Canal de Isabel II, cuyo accionista único es la empresa Canal de Isabel II Gestión, S.A.

El objeto principal de la sociedad es la gestión del ciclo integral del agua en las islas de Lanzarote y La Graciosa. A tal efecto, la sociedad es titular, por cesión de Canal de Isabel II Gestión, S.A., del contrato para la “Gestión de los servicios de abastecimiento de agua, saneamiento y reutilización de las islas de Lanzarote y La Graciosa”, adjudicado a Canal de Isabel II Gestión, S.A. por el Consorcio del Agua de Lanzarote.

Canal Gestión Lanzarote, S.A.U. es una empresa pública de las previstas en el artículo 2, apartado 2 c), subapartado 1, de la Ley 1/1984, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid.

Por tanto, la competencia para el conocimiento y resolución de las reclamaciones contra los actos de dicha empresa en el ámbito de la contratación pública, la ostenta el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, según el art. 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de racionalización del sector público.

Segundo.- Asimismo, Canal Gestión Lanzarote, S.A.U. es una empresa pública cuyo sector de actividad, la gestión del ciclo integral del agua, queda encuadrado en el marco de la LCSE, que a tenor del apartado 2 b) del artículo 3, tiene la

consideración de entidad contratante, quedando sujeta a la citada ley siempre que realice alguna de las actividades a que se refiere su artículo 7 y que el importe del contrato sea igual o superior a los umbrales establecidos en su artículo 16 (en concreto, en los contratos de obras el umbral es de 5.225.000 euros).

El contrato adjudicado es un contrato calificado de obras de valor estimado de 18.266.666,66 euros, IVA excluido, por tanto está sujeto a la LCSE y está sometido al régimen de recurso previsto en los artículos 101 y siguientes de la citada ley, tal como se establece en la cláusula 1 del PCAP.

Tercero.- Las reclamantes están legitimadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSE, *“podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”* al ser licitadoras clasificadas en segundo lugar, con lo que la estimación de la reclamación las colocaría en situación de ser adjudicatarias del contrato.

Cuarto.- Especial examen merece la cuestión del plazo de interposición de la reclamación ya que ha sido alegado por la adjudicataria del contrato, como causa de inadmisión, la extemporaneidad de la misma.

El artículo 104.2 de la LCSE, establece que el plazo para la interposición de la reclamación será de 15 días hábiles desde que se anuncie en el perfil de contratante del órgano de contratación o desde que los licitadores tengan conocimiento de la infracción que se denuncia.

En este caso la notificación de adjudicación tiene fecha de registro de salida 17 de agosto de 2016, pero fue remitida a las reclamantes por correo electrónico el 18 de agosto, y tuvieron conocimiento en esa misma fecha, por lo que la reclamación interpuesta ante el Tribunal el día 5 de septiembre de 2016, se encuentra dentro del plazo de quince días indicado en la norma.

Quinto.- Por lo que respecta al fondo de la reclamación, son varias las cuestiones alegadas.

En primer lugar, argumentan las reclamantes que la oferta de la adjudicataria debió ser rechazada ya que la justificación de viabilidad presentada contiene errores que impiden apreciar que la proposición vaya a ser cumplida.

Los defectos, a juicio de las reclamantes, afectan a varios apartados de la oferta:

- Aportación de Medios Humanos. Alegan las reclamantes que *“Según el punto 5 del anexo I del propio PCAP, establece claramente que además de los expuestos anteriormente son necesarios, para la ejecución del contrato, los siguientes medios humanos que no valora:*

1 técnico titulado en ingeniería de Caminos, canales y puertos, o ingeniería técnica de obras públicas.

dos operadores de máquina retroexcavadora.

Por lo que se puede observar que el licitador, en su justificación, no contempla en su estudio de costes todos los medios humanos obligados por el pliego, lo que ya por sí mismo representa un motivo de exclusión, no obstante la no valoración de dichos medios en el estudio económico deja de manifiesto que justifica su oferta económica ofertando unos medios inferiores a los exigidos al resto de licitadores”.

El Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece:

“5. Medios Humanos”, que deben adscribirse a la ejecución del contrato:

“Un Técnico, titulado en Ingeniería de Caminos, Canales y Puertos o ingeniería Técnica de Obras públicas o una titulación equivalente a la anteriormente descrita, y experiencia acreditada de más de tres años en la ejecución de cualquier tipo de obras de explotación de redes de distribución.

Un Jefe de Servicio con experiencia mínima acreditada de tres años en la ejecución de obras de explotación de redes de distribución.

Un encargado general con experiencia mínima acreditada de tres años en la ejecución de obras de explotación de redes de distribución.

Dos capataces con experiencia mínima acreditada de tres años en la ejecución de obras de explotación de redes de distribución.

Seis equipos de fontanería (un oficial y un peón) con experiencia mínima acreditada de tres años en la ejecución de obras de explotación de redes de distribución.

Dos equipos de obra civil (un oficial y un peón) con experiencia mínima acreditada de tres años en la ejecución de obras de explotación de redes de distribución.

Dos operadores de máquina retroexcavadora con experiencia mínima acreditada de tres años en la ejecución de obras de explotación de redes de distribución”.

Inesco, en el documento de justificación de su oferta presentado el día 6 de junio de 2016, detalla los recursos que incluye en su oferta, pág. 277 del expediente y los costes de funcionamiento, página 278, que supondrían tales recursos.

En la primera relación de recursos consta lo siguiente:

“Para la ejecución de la actividad de este contrato consideramos adecuados los siguientes recursos requeridos en el PPT.

Medios Humanos.

1 Jefe de Servicio.

1 Encargado General.

2 Capataces.

6 Equipos de Fontanería (1 Oficial y 1 Peón).

2 Equipos de Obra Civil (1 Oficial y 1 Peón).

1 Operados de Máquina retroexcavadora.

1 Conductor de Camión Grúa Basculante.

Maquinaria.

1 Retroexcavadora para profundidades superiores a 5 m.

1 Retroexcavadora mini.

1 Mini con pala + barredora.

6 Martillo rompedor + grupo electrógeno + radia eléctrica + Pisón compactador + equipo de taladro de acometidas + Pequeño material + bomba sumergible.

1 Geófono para búsqueda de fugas.

Elementos de señalización y vallado”.

Respecto de los costes de funcionamiento, especifica:

“Así mismo y como Justificación de la Oferta Presentada, a continuación detallamos los costes de funcionamiento que supondría para Inesco S.A. la ejecución del contrato.

	<i>Coste Mensual</i>	<i>Coste Anual</i>
1 Encargado General	2.600 €	31.200 €
1 Capataz	2.500 €	30.000 €
1 Equipo de Fontanería (1 oficial + 1 Peón + vehículo)	6.000 €	72.000 €
1 Equipo de Obra Civil (1 Oficial + 1 Peón + vehículo)	6.000 €	72.000 €
1 Operador Máq. Retroexcavadora (1 maquinista + máquina)	5.160 €	61.920 €
1 Conductor Camión Grúa Basculante (1 chofer+ camión)	5.160 €	61.920 €
1 Retroexcavadora profundidades mayores a 5 m	3.000 €	36.000 €
1 mini con pala + barredora	600 €	7.200 €
1 Martillo rompedor+ grupo electrógeno+ radial eléctrica + Pisón compactador + equipo de taladro de acometidas + Pequeño material + bomba sumergible + Geófono	1.200 €	14.000 €”.

De un primer examen de ambos listados se deduce que falta la referencia al Técnico Titulado, al Jefe de Servicio y a 1 operador de máquina retroexcavadora,

puesto que aunque se indica 1 capataz, en el cálculo de costes fijos se incluyen 2, que es lo exigido en el PCAP.

El órgano de contratación en su informe al recurso señala que *“En efecto, como señalan las reclamantes, en el PCAP (apartado 5.1 A, apartado 5) se solicitan 2 operarios de máquina retroexcavadora. INESCO, S.A. en su justificación incluye tan sólo un operario de máquina retroexcavadora pero aporta, además, un conductor de camión grúa basculante, que no se exige en el PCAP pero que tiene un coste mensual y anual idéntico al operario de retroexcavadora. Ante esta circunstancia, el informe técnico considera que estos costes se corresponden con los dos operadores de máquina retroexcavadora mencionados en el Pliego. En relación con el técnico titulado en Ingeniería de Caminos, Canales y Puertos, que no aparece en el desglose de la relación de costes, debe ponerse de manifiesto, que el informe realizado por los técnicos de Canal Gestión Lanzarote, S.A.U. lo considera incluido en el apartado de gastos generales del servicio y/o empresa por ser un puesto de alta dirección y, en consecuencia incluido dentro de los gastos de administración o gerencia. Este concepto de gastos generales aparece en el apartado VIABILIDAD DE LA OFERTA PRESENTADA del informe de justificación de baja anormal o desproporcionada presentado por INESCO, S.A.”*

Inesco, en su escrito de alegaciones, manifiesta respecto de esta cuestión que tiene previsto el manejo del camión grúa, la retroexcavadora y la máquina mini con el mismo tipo de operario e idéntico coste, siendo lo cierto que no es necesario tener funcionando dicha maquinaria al mismo tiempo y el pliego no lo exige. Igualmente, el coste del Jefe de Servicio y del Ingeniero quedan englobados dentro de los Gastos Generales de Servicio y Gastos Generales de Empresa, y así se detalló en el apartado de viabilidad de la oferta presentada.

El Tribunal comprueba que el informe de justificación elaborado por los servicios técnicos no contiene ninguna referencia ni a los medios personales ni a la posible discrepancia entre los ofertados y los exigidos en el Pliego, limitándose a señalar que *“La Sociedad INESCO S.A. presenta su justificación económica en base a su antigüedad empresarial, funciona desde el año 1986, su implantación en toda la*

península y Perú, además de su intención de implantarse en Canarias. Dispone de un sistema organizativo centralizado y con gran experiencia que hace que sus gastos generales no superen el 6 % de la facturación.

Detalla su experiencia en actuaciones de reparación de la red de abastecimiento explotada por el Canal de Isabel II, en diferentes zonas geográficas de la Comunidad de Madrid.

Debido a su experiencia en este tipo de contratos presenta y prevé un cuadro de ingresos y costes para este servicio de reparación y renovación de las redes de abastecimiento en Lanzarote y La Graciosa, con unos beneficios anuales de 79.918,23 €, lo que supone un 5,6 % de los ingresos.

Detalla una relación de actuaciones de obra más importantes contempladas en el servicio de reparación con un desglose de precios descompuestos que de acuerdo con los datos que proporcionan, todas las partidas presentan un coste total inferior al precio ofertado, justificando así la viabilidad económica de su oferta. Presenta un coste indirecto de la obra en cada partida, del 2.5 % sobre el coste directo y unos gastos generales del 6,5 %. Estos márgenes junto al margen de beneficio, el 5,6 %, supone un margen total del 14,6 % sobre el coste directo, remarcando la empresa que ajustan al máximo estos márgenes en base a un gran interés comercial en su implantación en Canarias”.

Debe señalarse como ya se ha tenido ocasión de indicar el Tribunal en otras ocasiones, que las razones de la viabilidad de una oferta anormal o desproporcionada debe contenerse en el documento presentado a requerimiento del órgano, y los servicios técnicos deben elaborar su dictamen en base a lo que consta en ese documento. No cabe admitir modificaciones o aclaraciones posteriores, en fase de recurso o de alegaciones, ni puede el órgano de contratación suponer o intuir lo que no aparece debidamente explicitado por la empresa.

En el caso que analizamos, la empresa no ha tenido en cuenta para calcular los costes la obligatoria inclusión de 1 Jefe de Servicio y de 1 Técnico titulado.

No se explica tampoco en ningún momento las razones de esa omisión. Ni en el apartado de costes fijos ni en el apartado de viabilidad de la empresa, en el que

únicamente se hace constar el listado examinado y una partida denominada “G.G Servicio”, sin incluir mención alguna sobre los gastos o conceptos que ahí se incluyen. También aparece otra partida “G.G Empresa y B.I”, sin aclarar tampoco el contenido.

Por tanto, no puede admitirse la afirmación de la empresa de que estaba detallada en ese apartado la inclusión de los 2 puestos mencionados, en el concepto de gastos generales.

Cabría admitir la explicación relativa a la ausencia de un operario de retroexcavadora, aunque tampoco consta en ninguno de los documentos presentados, entendiéndose que los servicios técnicos puedan haber considerado suficiente el coste análogo del conductor del camión, que efectivamente no se incluye como personal obligatorio en el PCAP.

También se ha indicado en diversas Resoluciones, entre otras la Resolución 169/2016 de 14 de septiembre, que el hecho de que algunas de las partidas de gastos del contrato vayan a ser asumidas por la empresa, con sus propios medios, no exime de que deban aparecer descritas en la justificación y que se calcule su coste, porque además ese coste debe minorar el beneficio previsto de la empresa y de ahí que deban cuantificarse.

En este caso, no ha sido así y por tanto, la justificación de la viabilidad no debió ser admitida, careciendo el informe técnico de la debida motivación racional y razonable, respeto de este apartado.

- Maquinaria y Equipos. Argumentan las reclamantes que la adjudicataria no ha contemplado diverso material y equipos, y con esa premisa *“realiza el adjudicatario su informe de costes, no justificando de manera alguna los mismos. Alegando que dichos costes representan un monto de 949.440 euros anuales”*.

El Anexo I del PCAP establece la siguiente maquinaria obligatoria:

“Un camión pluma

Dos máquinas mixtas, incluyendo al maquinista, para alcanzar profundidades de hasta 5 m.

Una retroexcavadora para profundidades superiores a 5m.”

Además, se añade: *“Para la ejecución de los trabajos, el adjudicatario de cada lote deberá disponer de los siguientes equipos:*

2 Ud. Grupos autónomos de soldadura.

2 Ud. Compresores de tipo ultra silencioso.

1 Ud. Camión preparado Para el transporte de aglomerado en caliente.

2 retroexcavadoras mixtas.

1 retroexcavadora mini.

1 máquina barredora y baldeo de calzada.

1 Ud. Equipos de compactación de áridos y aglomerado.

2 Ud. Grupos electrógenos.

2 Ud. Equipos de taladro para acometidas en carga.

20 Balizas intermitentes.

Material de señalización y protección de zanjas: 100 ud. Vallas Plástico Calzada.

1 Equipo completo nuevo de herramientas aprobado por CGL, 1 martillo eléctrico perforador, 1 radial y 1 taladro de batería. Todo este equipo por cada vehículo de equipo de fontanería.

1 Ud. Geófono para búsqueda de fugas.

Herramientas de corte de tuberías de diferentes características.

2 Ud. Bomba sumergible de extracción de agua drenaje de 1.5 CV y 100 metros de manguera y

1 Ud. Bomba sumergible de extracción de agua drenaje de 5.5 CV y 100 metros de manguera.

1 Ud. Taller calderería/soldadura/trabajos en acero al carbono v Brigada Soldadores.

1 Ud. Taller cerrajería/soldadura/trabajos en elementos metálicos.”

Del listado de maquinaria incluido por Inesco en su documento de justificación de la viabilidad se desprende, en primer lugar una discrepancia entre la maquinaria

contenida en la página 277 y la que se incluye en los costes de funcionamiento de la página 278. En el primer listado aparecen:

1 Retroexcavadora para profundidades superiores a 5 m, 1 Retroexcavadora mini y

1 Mini con pala + barredora, mientras que en el segundo, se incluyen, 1 Retroexcavadora profundidades mayores a 5 m y 1 mini con pala + barredora.

En todo caso, debemos atender a la maquinaria que ha sido considerada dentro de los costes de funcionamiento.

De nuevo el informe técnico emitido sobre la justificación no contiene referencia alguna a la maquinaria y su coste, analizando únicamente los precios descompuestos aportados por la empresa.

El órgano de contratación en su informe alega que *“Es cierto, como indican los reclamantes, que INESCO, S.A. en el informe de justificación agrupa los materiales destinados a la ejecución del contrato de forma diferente a la descripción que de los mismos efectúa el PCAP (por ejemplo "6 martillos rompedores + grupo electrógeno + radial eléctrica + pisón compactador + equipo taladro de acometidas+ pequeño material+ bomba sumergible). Sin embargo, del citado informe se desprende que debido al importe de los costes que corresponden al material, que asciende a 158.200 euros/año, dichos costes corresponden a todos los elementos requeridos en el PCAP, tal como han quedado acreditados y comprometidos en la oferta presentada por el licitador”*.

La empresa Inesco, por su parte sostiene que *“el Pliego exige que el adjudicatario ponga a disposición del contrato: 2 uds de compresores ultrasilenciosos (martillo rompedor)*

1 equipo de compactación para áridos y aglomerado (pison).

2 equipos de taladro para acometidas en carga.

20 balizas intermitentes (pequeño material).

Además de esto el pliego exige que tenga a disposición para las uds que sean necesarias:

- 1 Ud de camión preparado para aglomerado en caliente.
- 1 Ud de taller de calderería/soldadura/trabajos de acero al carbono.
- 1 Ud de taller de cerrajería/soldadura/trabajos en elementos metálicos.
- 1 Ud de equipos de trabajos de impermeabilización e imprimación.

Estas 4 unidades no es posible englobarlas dentro de los costes fijos de funcionamiento del servicio ya que son trabajos muy puntuales, que se subcontratarán a empresas especialistas en el sector, y así se ha justificado. Dichos costes no pueden contemplarse como costes fijos del servicio. La empresa INESCO S.A. los tiene contemplados en los costes de la justificación de las páginas que hemos enumerado anteriormente”.

Resulta evidente que la empresa tiene que justificar todos los costes del contrato, los fijos y los variables y en su documento de justificación se refiere a los “costes de funcionamiento”, por lo que deberían estar contemplados todos.

En todo caso, el listado de costes que se incluye en el documento de justificación presentado, al que nos venimos refiriendo, no incluye ni el camión para transporte de aglomerado, ni la retroexcavadora mini, ni diferente material para los equipos, material que se relaciona sin detallar y a tanto alzado. No se ha hecho referencia tampoco a los costes de los equipos y unidades para trabajos puntuales, a los que se refiere Inesco en el escrito de alegaciones.

Esto significa que la justificación adolece de omisiones que pueden tener una repercusión económica importante en el precio de la oferta y que debieron haberse observado por los técnicos a la hora de decidir sobre la viabilidad de la misma y su admisión.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, debemos concluir que la oferta no ha sido debidamente justificada y que el informe técnico emitido no razona ni argumenta suficientemente su admisión, por lo que la reclamación debe ser estimada.

La estimación de la reclamación por este motivo supone la anulación de la adjudicación y la exclusión de la adjudicataria, por tanto no resulta necesario analizar los demás motivos alegados por las reclamantes.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación al 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.5 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 la Reclamación interpuesta por don E.M.O., en nombre y representación de E.M.O. Obras, Construcciones, Contratas y Proyectos, S.L.U., y don J.C.T., en nombre y representación de la empresa Grupo Empresarial MAGENTA, S.A., licitadoras en compromiso de UTE, contra la adjudicación del lote II del contrato de obras “Actuaciones urgentes de renovación y reparación de la red de abastecimiento y reutilización de las islas de Lanzarote y La Graciosa”, anulando la adjudicación recaída, rechazando la proposición de Inesco y retrotrayendo las actuaciones al momento de clasificación de las ofertas, adjudicando el contrato a la oferta mejor clasificada que cumpla los requisitos del Pliego.

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.

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 108 de la LCSE.