

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

En Madrid, a 25 de septiembre de 2019.

VISTA la reclamación interpuesta por don M.M.A. en nombre y representación de Servicios Técnicos de Limpiezas Industriales Miguel Arias, S.L., (STLIMA, S.L.) y don M.M.C., en representación de Recuperaciones Ecológicas Castellanas, S.A. (RECASA,S.A.), licitadores en compromiso de UTE, (UTE STLIMA-RECASA), contra el acuerdo de adjudicación del lote 2 del contrato “Servicios de Explotación y Mantenimiento de las Redes de Saneamiento Periférico Gestionadas por Canal de Isabel II, S.A”. Expte. Nº 346/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 11, 12, 26 y 30 de julio de 2018, se publicó respectivamente en el DOUE, Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, BOE y BOCM, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, dividido en 11 lotes, a adjudicar mediante procedimiento abierto, con pluralidad de criterios, con un valor estimado de 250.750.000 euros.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 15 licitadoras, individualmente y en diferentes compromisos de UTE, entre ellas las reclamantes.

Con fecha 16 de noviembre de 2018, la Mesa de contratación requirió a la UTE reclamante la subsanación de la acreditación del requisito de solvencia relativo a los responsables de servicio indicado en el apartado 5.1A) 4 del Anexo 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP).

La UTE STLIMA-RECASA presentó escrito de subsanación modificando los nombres de los profesionales inicialmente designados.

El 23 de noviembre de 2018, se reúne la Mesa de contratación para calificar la documentación administrativa y de condiciones técnicas, admitiendo a todas las empresas y considerando subsanados los defectos. El 26 de noviembre se procede a la apertura de las ofertas económicas y los criterios valorables mediante la aplicación de fórmulas.

El 21 de diciembre de 2018, las reclamantes presentan un escrito a la Mesa que el que se expone que los responsables de servicio inicialmente presentados estaban en plantilla en el momento de presentación de ofertas y por tanto deben ser valorados, de acuerdo con el criterio de experiencia del apartado 8 A) 2.4 del Anexo I del PCAP.

Con fecha 8 de febrero de 2019, la Mesa de Contratación acordó lo siguiente respecto a la puntuación reclamada, “ *‘La UTE Servicios Técnicos De Limpiezas Industriales Miguel Arias, S.L. - Recuperaciones Ecológicas Castellanas, S.A.’ (Lotes 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11) no ha aportado ningún tipo de documentación para acreditar el mencionado criterio, toda vez que los responsables de servicio propuestos (GMS y JLG) corresponden a personal no perteneciente a la empresa, y el personal de plantilla que cumple con el mínimo solicitado en el criterio de selección cualitativa referido a la experiencia (JAAH y JSG), exigido en el apartado 5.1. A).4, no es el*

mismo que el ofertado en la proposición conforme al Anexo II bis. Al no aportar ningún tipo de documentación acreditativa del personal a adscribir a la ejecución del contrato, el referido licitador obtendrá 0 puntos en el referido criterio técnico de valoración". El Acuerdo le fue notificado a las recurrentes el día 8 de marzo, mediante correo electrónico.

El día 26 de noviembre de 2018 se reunió la mesa de contratación para en acto de público, proceder a la de apertura de los sobres nº 3, correspondientes a la oferta económica y a los criterios técnicos cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas.

Tras las comprobaciones oportunas, se reúne de nuevo la Mesa constando en el acta respecto de la UTE STLIMA- RECASA que *"no ha aportado ningún tipo de documentación para acreditar el mencionado criterio, toda vez que los responsables de servicio propuestos (GMS y JLG) corresponden a personal no perteneciente a la empresa, y el personal de plantilla que cumple con el mínimo solicitado en el criterio de selección cualitativa referido a la experiencia (JAAH y JSG), exigido en el apartado 5.1. A).4, no es el mismo que el ofertado en la proposición conforme al Anexo 11 bis. Al no aportar ningún tipo de documentación acreditativa del personal a adscribir a la ejecución del contrato, el referido licitador obtendrá 0 puntos en el referido criterio técnico de valoración".*

Igualmente y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 de la LCSE se solicitó a los licitadores cuya oferta se encontraba incurso en presunción inicial de baja anormal, que presentaran las precisiones, justificaciones y aclaraciones que permitieran comprobar la viabilidad de las mismas.

Respecto del lote 2 se requirió entre otras empresas, a las la UTE SLIMA-RECASA y la UTE CESPAS- ANSAREO.

Tercero.- Las entidades presentaron la documentación justificativa y tras el informe técnico, la Mesa considera que la UTE SLIMA-RECASA no ha justificado suficientemente la viabilidad y propone el rechazo de su oferta y de acuerdo con las puntuaciones obtenidas propone la adjudicación del Lote a la UTE CESPAN-ANSAREO.

De acuerdo con la notificación efectuada el día 30 de julio de 2019, la adjudicación del lote 2 de contrato se ha realizado de acuerdo con la propuesta de la Mesa.

Cuarto.- El 19 de agosto de 2019, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 104.1 de la LCSE, se presentó reclamación, ante este Tribunal, lo que se comunicó al órgano de contratación a efectos de que remitiera el expediente administrativo y el informe preceptivo a que hace referencia el artículo 105.2 de la LCSE, que fue remitido el día 29 de agosto de 2019.

Alega la reclamante en primer lugar que, como ya puso de manifiesto en la anterior reclamación los escritos a la Mesa, la puntuación otorgada en los criterios 5.1 A).4 y 8.A) 2.4 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) no ha sido correcta ya que *“en ningún caso los pliegos reguladores de la licitación establecen la identidad de los responsables para los dos criterios, todo lo contrario ya que lo que dicen, en nuestra opinión, es que el que se oferte como criterio de adjudicación debe tener la misma titulación que el de solvencia, de lo contrario diría que es el mismo y por otro lado, si llegan a indicar claramente que es la misma persona la UTE podría haber impugnado los pliegos o los propios servicios jurídicos del canal habrían advertido que esto no es posible, que los criterios cualitativos y cuantitativos no se pueden exigir que sean los mismos”*.

Como segundo motivo de reclamación alega falta de motivación en el rechazo de la justificación de viabilizada de su oferta. Solicita por tanto que se declare nulo el acto de adjudicación en los términos indicados en la reclamación.

Por su parte el órgano de contratación en el informe preceptivo a que se refiere el artículo 105.2 de la LCSE, solicita la desestimación de la reclamación por las razones que se expondrán al resolver sobre el fondo.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a la UTE adjudicataria, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Transcurrido el plazo no se ha presentado ningún escrito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la Ley 31/2007, de 30 de Octubre sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua (en adelante LCSE), en relación con el artículo 46.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) y el artículo 3.5 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 la presente reclamación.

Segundo.- La reclamación se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios, de la categoría 15 del Anexo II A de la LCSE, en cuanto se excluye la oferta de la reclamante que impugna también su puntuación, cuyo valor estimado supera los umbrales establecidos en el artículo 16 de la misma, por lo que es susceptible de reclamación.

Tercero.- La recurrente se encuentra legitimada 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 haber sido excluida del procedimiento por no justificar la viabilidad, puesto que la eventual estimación de la reclamación la colocaría en la posición de ser adjudicataria del contrato.

Se acredita asimismo la representación con que actúan los firmantes de la reclamación.

Cuarto.- Respecto del plazo de interposición de la reclamación, está se dirige contra la adjudicación del contrato, cuya notificación le fue remitida el día 30 de julio de 2019, interponiéndose la reclamación ante este Tribunal el día 19 de agosto de 2019, por tanto se encuentra dentro del plazo establecido en el artículo 104.2 de la LCSE.

Quinto.- Entrando al fondo del asunto, la reclamante alega dos motivos de reclamación. En primer lugar la errónea puntuación otorgada por la Mesa en uno de los criterios de adjudicación y en segundo falta de motivación del Acuerdo de exclusión.

Procede analizar en primer lugar el segundo de los motivos puesto que si no fuese estimado, la reclamante estaría excluida por lo que carecería de legitimación para impugnar la puntuación otorgada.

La LCSE en su artículo 82, establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y ello exige, en un primer momento, otorgar al licitador la posibilidad de que explique los elementos que ha tenido en cuenta a la hora de formular su oferta de manera que no se produzca un rechazo automático y que el órgano de contratación pueda llegar a la convicción de que la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato.

Por ello la justificación ha de ir referida fundamentalmente al cumplimiento de

las prestaciones objeto del contrato y en relación obviamente con las exigencias y requerimientos del mismo, de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo.

Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.). Para apreciar si se ha cumplido con tal premisa es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión.

La apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que componen la oferta y de las características que concurren en la propia empresa licitadora, por tanto, a la vista de la justificación y de los informes técnicos emitidos, el órgano de contratación, a quien corresponde la decisión sobre la apreciación de la posibilidad de cumplimiento de la oferta ha contado con el asesoramiento preceptivo y este está debidamente motivado en base a la justificación aportada por la recurrente.

En este momento la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.

Debemos pues centrarnos en el análisis de la justificación de la viabilidad de la oferta y su rechazo en los términos en que fue planteado en el procedimiento contradictorio previsto en el artículo 82 de la LCSE, que como más arriba hemos

señalado, solo puede tener como parámetro la garantía de cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato, basándose en el contenido del escrito de justificación y la denegación del mismo.

Como ha señalado este Tribunal en su Resolución 9/2016, de 20 de enero, la justificación ha de ir referida fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato. Esto no supone que se justifique exhaustivamente cada uno de los componentes de la oferta anormal o desproporcionada, sino que se trata argumentar de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. La justificación ha de ser completa, pero obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta, y la complejidad de las prestaciones.

La decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante. La apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que componen la oferta.

La reclamante alega diversas cuestiones que por razones de claridad expositiva se analizarán de forma separada:

1.-"El informe de 18 de marzo de 2019 denominado "Informe análisis valores anormales o desproporcionados. Contrato n°346/2017", ha sido realizado por los técnicos vinculados a los servicios objeto de la contratación (subdirección de conservación de infraestructuras zona este y oeste), que tienen una visión exclusivamente técnica, pero estamos como se irá argumentando a continuación, ante una justificación relativa a una cuestión de viabilidad económica, que entendemos desde nuestro punto de vista, tendría que haber estado informado por personal con

especialización en asuntos económicos y asesorados por los técnicos del servicio en relación a las cuestiones técnicas que pudieran necesitar. Lógicamente manifestamos nuestras claras dudas sobre la capacitación para revisar esa actuación por parte de los técnicos informantes, puesto que sus conocimientos en materia económica, sobre el mercado de los servicios a realizar y las obras a ejecutar no abarcan, en nuestra opinión, los ámbitos que el propio pliego técnico que rige el concurso exige tanto para la oferta económica, con conceptos puramente económicos y empresariales que no se recogen en los planes de estudios de las titulaciones que ostentan, ni les han sido exigidos en oposición alguna, tal y como se constata de la plantilla y relación de puestos de trabajo de esa empresa pública”.

El órgano de contratación en su informe afirma *“la total y absoluta capacitación de los autores del informe técnico relativo al análisis de las justificaciones de valor anormal o desproporcionado, que no son otros que los propios Subdirectores de Conservación de Infraestructuras Zona Oeste y Zona Este de esta empresa pública. Huelga decir que ambos Subdirectores tienen la capacitación necesaria para el análisis de la viabilidad de la oferta de la reclamante. En efecto, ambos Subdirectores (Zona Oeste y Zona Este) pertenecen a la Dirección proponente del contrato y tienen el conocimiento suficiente para la emisión del informe citado anteriormente, ya que ambos son ingenieros superiores de Caminos, Canales y Puertos con experiencia de más de 20 y 30 años en el sector respectivamente, que gestionan desde hace años - tanto en régimen de gestión directa como a través de empresas contratadas- la correcta explotación de las redes de distribución y de alcantarillado de la Comunidad de Madrid, así como todo su personal e instalaciones asociadas, y en consecuencia no solo conocen de primera mano las obras y servicios objeto del contrato, sino el mercado en el que el mismo se incardina. Sin perjuicio de lo anterior, se debe poner de manifiesto que la Mesa de contratación estudió e hizo suyas las conclusiones del informe técnico relativo al análisis de las justificaciones de valor anormal o desproporcionado”.*

El Tribunal considera necesario recordar, como ya ha señalado más arriba que

la justificación de la viabilidad debe ir referida al cumplimiento de las prestaciones del contrato por lo que parece adecuado que los informes técnicos de asesoramiento a la Mesa vengan realizados por los técnicos con competencia sobre las actividades a contratar, que por lógica conocen las peculiaridades de las diferentes actividades exigidas y el coste de las mismas.

Por lo tanto debe desestimar este motivo de impugnación.

2.- *“La justificación de la UTE se presenta con una justificación económica que se sustenta en su compromiso plasmado en su oferta técnica, es decir, que todos los compromisos adquiridos en dicha memoria tienen una correlación en gastos que se plasmaron en la justificación de la temeridad. La justificación se realiza partiendo de una previsible cuenta de explotación o cuenta de pérdidas y ganancias, que utiliza el criterio de imputación de gastos por naturaleza, es decir, como se indicó anteriormente, en que se gasta (gastos de personal, amortizaciones, seguros,...) y no quien gasta (canon, obras,...) u otros criterios económicos. Que la justificación, en contra del error manifiesto del informe de canal para su desestimación, contempla la totalidad de los gastos asociados a las obras y reparaciones...”*

El informe sobre la justificación de la oferta señala *“en su justificación ni siquiera existe un epígrafe relativo a las obras. La UTE STLIMA-RECASA, a diferencia de lo que hace en la justificación relativa al canon, no explica ni justifica el rendimiento de los equipos destinados a las distintas clases y tipologías de obras que contempla el objeto del contrato, ni tampoco presenta justificación alguna del coste de los materiales destinados a las obras y a las reparaciones”*. Debe tenerse en cuenta que las obras objeto del contrato no responden a una misma tipología sino que se dividen y se agrupan en tres clases distintas: obras en zanja, obras en mina y obras de rehabilitación utilizando nuevas tecnologías. En este sentido, en el anexo XIII del PCAP - relativo al porcentaje orientativo del tipo de obras que se pueden efectuar y que se facilita únicamente, tal y como señala el PCAP, a efectos orientativos para la elaboración de las ofertas- figura una tabla con los porcentajes estimados por la

entidad contratante para cada tipo de obra.

Cada tipología de obra presenta diferencias tanto en relación con el personal utilizado, como en relación con la maquinaria y con los materiales empleados, que son de distinta naturaleza.

Pues bien, el licitador, en vez de partir en su explicación de los porcentajes estimados por la entidad contratante para cada una de las tres tipologías de obra, se limita a señalar lo siguiente:

- a) En relación con el 50 % del importe ofertado para las obras, 1.245.833,33 €, se limita a describir los medios humanos destinados a las obras y a las reparaciones, indicando que utilizará dos equipos propios. Fuera de dicha afirmación genérica no aporta ningún dato, ni desglose ni explicación que justifique dicho importe, lo que se considera absolutamente insuficiente.*

- b) En relación con el 50% del importe restante ofertado para las obras, 1.245.833,33 €, señala que dichas obras van a ser objeto de subcontratación pero sin añadir ni justificar nada más salvo el indicar que la subcontratación le supondrá un gasto de 498.333,32 € -que en ningún caso explica ni desglosa- y que el coste de los materiales le supondrá un gasto de 219.266,7 €, pero sin ningún apoyo de medición ni de precios”.*

El Tribunal constata que la reclamante incluye en su reclamación aclaraciones que debieron ser expuestas en la justificación de su oferta por lo que no pueden ser tenidas en cuenta en este momento y el motivo debe ser desestimado.

3.- Error en el informe técnico referido a los porcentajes del canon y las obras.

La reclamante alega que *“Para el informe técnico los porcentajes de la oferta de la UTE respecto a obras y canon, que no se sabe de dónde sale, son los siguientes:*

Canon el 48% del total de la oferta

Obras el 52% del total de la oferta

La realidad del porcentaje de la oferta de la UTE respecto a obras y canon es la siguiente:

<i>Concepto</i>	<i>Año</i>	<i>Total 4 años</i>	<i>% S/Oferta</i>
<i>Total contrato</i>	<i>1.486.621,17</i>	<i>5.946.484,67</i>	<i>100%</i>
<i>Total canon</i>	<i>863.704,50</i>	<i>3.454.818,01</i>	<i>58%</i>
<i>Total, obras</i>	<i>622.916,67</i>	<i>2.491.666,66</i>	<i>42%</i>

El informe del órgano de contratación aclara respecto a esta cuestión que *“En el informe técnico relativo al análisis de las justificaciones de valor anormal o desproporcionado se analiza la justificación presentada por la reclamante, que comprende las dos partes del contrato (Canon, que supone un 48% de la oferta, y Obras, que supone un 52% de la oferta). En efecto, debe indicarse que de conformidad con el apartado 3.4 del Anexo 1 del PCAP el importe de la partida correspondiente a las Obras conservación y mejora NO se ve afectado por el porcentaje de baja ofertada (sí lo hacen los precios unitarios con cargo a los cuales se consumirá dicha partida, y que están recogidos en el Anexo 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas y en el Cuadro de Precios de Canal de Isabel II, S.A. de diciembre de 2016)”*.

El Tribunal no comparte esta afirmación del órgano puesto que el apartado 3.4 del Anexo I del PCAP se refiere al alcance mínimo y máximo del contrato pero no incluye referencia alguna a la no consideración de los porcentajes de baja, por lo que existe un error en los porcentajes considerados en el informe, si bien este error no prejuzga el acierto de las conclusiones del informe que se basa en diversas consideraciones

El Tribunal comprueba que a pesar de la extensión del estudio económico presentado en los documentos de justificación de la oferta, el apartado obras no se ha considerado de forma independiente como indica el informe ni se refiere a las distintas tipologías de obras.

No es suficiente que la justificación se base en un compromiso de la empresa licitadora sino que debe acreditarse que las cantidades manejadas son correctas y contemplan todos los conceptos.

Igualmente se constata que si bien se contempla el coste del personal de obra, es cierto que no se ha incluido la justificación del coste de los materiales para las obras que aparecen en el cuadro de gastos de explotación.

En conclusión, en el caso que nos ocupa se ha procedido a la tramitación legalmente prevista para los supuestos de bajas incursas en valores anormales o desproporcionados, analizadas las razones y justificación ofrecida ésta no se ha considerado viable, pero las razones expuestas en el informe técnico no desvirtúan las argumentaciones de la reclamante en cuanto a la justificación de su oferta, por lo que no quedando motivada de forma razonable la exclusión, procede estimar la reclamación.

Sexto.- La desestimación del anterior motivo de la reclamación hace innecesario el análisis del relativo a la puntuación otorgada puesto que al estar la reclamante excluida por no acreditar la viabilidad de su oferta, carece de legitimación para impugnar la puntuación ya que ningún beneficio le podría deparar la estimación de su reclamación, que solo se refiere al lote 2.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación al 46.1 de la LCSP 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.- Desestimar la reclamación interpuesta por don M.M.A. en nombre y representación de Servicios Técnicos de Limpiezas Industriales Miguel Arias, S.L. (STLIMA, S.L.) y don M.M.C., en representación de Recuperaciones Ecológicas

Castellanas, S.A. (RECASA, S.A.), licitadores en compromiso de UTE, (UTE STILMA-RECASA), contra el acuerdo de adjudicación del lote 2 del contrato “Servicios de Explotación y Mantenimiento de las Redes de Saneamiento Periférico Gestionadas por Canal de Isabel II, S.A”. Expte. N° 346/2017.

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 de la LCSE.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión producida en aplicación de lo previsto en el artículo 104.6 de la LCSE

Cuarto.- 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.