

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

En Madrid, a 25 de febrero de 2021.

VISTA la reclamación en materia de contratación interpuesta por la representación de SACYR AGUAS S.L. (en adelante SACYR), contra el acuerdo de 29 de diciembre de 2020, de Canal Isabel II S.A., de adjudicación del contrato de “Servicios de explotación y mantenimiento de las estaciones depuradoras de aguas residuales (EDAR) del grupo cuentas Tajo y Tajuña” expediente 161/2019, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria del procedimiento de licitación se publicó el 2 de junio de 2020, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 39.620.484,68 euros para una duración de 5 años.

A la licitación se presentaron 5 empresas licitadoras, entre ellas la reclamante.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver la presenta reclamación la Cláusula 8 del anexo I al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en su apartado 2.2:

A) “ 2.2. *Inversiones en medidas de ahorro y eficiencia energética: Iluminación de viales y procesos. Hasta 9 puntos.*

1. *Iluminación de viales. Hasta 6 puntos.*

Los licitadores deberán comprometerse a instalar, si no lo hubiera, un analizador de redes o contador de energía que contabilice exclusivamente la iluminación viaria y a sustituir las luminarias antiguas empleadas para la iluminación nocturna de viales de EDAR, por luminarias de tecnología LED, con objeto de reducir el consumo energético de la EDAR.

El estudio justificativo que oferte el licitador en relación con lo que oferta para este criterio de valoración, deberá incluir expresamente el valor de ahorro comprometido a alcanzar en el consumo anual por cada planta en la que se implante. Se obtendrá la puntuación en función del ahorro propuesto y del número de EDAR comprometidas.

Los requisitos mínimos del equipamiento, su instalación y la implantación se definen en el ANEXO 8 del PPT. Los licitadores deberán asimismo comprometerse a que el equipamiento esté instalado antes de 12 meses+1 día tras la fecha de firma del Acta de Inicio del Contrato”.

Interesa destacar así mismo el apartado 2 de la cláusula 10 del Anexo I al PCAP que establece la no aceptación de variantes en las ofertas a presentar en esta licitación.

Llegada la tramitación del procedimiento de licitación a la apertura de las ofertas económicas la Mesa de Contratación en su sesión de 9 de septiembre de 2020, determinó, de conformidad con el apartado 8.1 del Anexo I del PCAP, el umbral de valor anormal de las ofertas admitidas al presente procedimiento de licitación, resultando incursas en presunción inicial de anormalidad las ofertas de los

siguientes licitadores: AQUAMBIENTE SERVICIOS PARA EL SECTOR DEL AGUA, y SACYR.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del RD-LCSE, el 16 de septiembre de 2020, se solicitó a ambos licitadores que presentaran las precisiones, justificaciones y aclaraciones que consideraran precisas sobre la composición de sus ofertas. Remitidas dichas justificaciones, mediante informe técnico sobre la justificación de las ofertas anormalmente bajas de fecha 7 de octubre de 2020, se indica que quedan justificados los valores anormales o desproporcionados de las ofertas de AQUAMBIENTE y SACYR.

La Mesa de Contratación de 10 de noviembre de 2020, asumió las conclusiones del mismo y acordó proponer la adjudicación del contrato a AQUAMBIENTE y elevar la referida propuesta de adjudicación del contrato a la aceptación del Consejero Delegado, órgano de contratación en virtud de las facultades concedidas a su favor por acuerdo del Consejo de Administración de Canal de Isabel II S.A. adoptado en su sesión de 30 de septiembre de 2020.

Tercero.- El día 22 de enero de 2021, tuvo entrada en este Tribunal reclamación formulada por la representación de Sacyr contra la adjudicación del contrato de obras de referencia a la entidad mercantil Aquambiente S.L., por considerar que ha presentado una oferta con variantes, posibilidad esta no contemplada en los pliegos de condiciones y que conlleva la inadmisión de la oferta y en consecuencia la nulidad del acuerdo de adjudicación.

Cuarto.- La entidad contratante ha remitido a este Tribunal, con fecha 4 de febrero de 2021, el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 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), solicitando la desestimación de la reclamación presentada por Emo al Lote 2

del contrato por ser conformes a derecho los acuerdos adoptados por la entidad contratante.

Quinto.- El 11 de enero de 2021, por la Secretaría de este Tribunal se da traslado de la reclamación al adjudicatario, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 56.3 de la LCSP y 29.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), por un plazo de cinco días hábiles, para que formule las alegaciones y aporte los documentos que considere oportuno.

El 15 de febrero el adjudicatario presente escrito de alegaciones de cuyo contenido se dará cuenta en los fundamentos de derecho de esta Resolución.

Sexto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto reclamación contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que la entidad contratante en su informe no solicita levantamiento de la suspensión del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, tiene carácter privado y está sujeto al Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante RDLCSE).

El artículo 121.1 del RDLCSE establece, en cuanto al régimen jurídico de la reclamación, que le serán de aplicación a las reclamaciones que se interpongan ante

los órganos mencionados en el artículo anterior contra alguno de los actos a que se refiere el artículo 119, las disposiciones de la LCSP que regulan el recurso especial en materia de contratación, incluido el artículo 49 relativo a la adopción de medidas cautelares, con determinadas especialidades.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 120 del RDLCSE, en relación con el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la Reclamación planteada.

Segundo.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica, segunda clasificada en la licitación *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, a la que se remite el artículo 121 del RDLCSE.

Asimismo, se acredita la representación de la firmante de la reclamación.

Tercero.- El acto objeto de reclamación, corresponde a un contrato de servicios sujeto al RDLCSE al superar los umbrales establecidos en su artículo 1.b) 428.000 euros en los contratos de suministros y servicios.

Cuarto.- La reclamación se ha interpuesto en tiempo y forma al haberse presentado ante el Tribunal el 22 de enero de 2021, contra la adjudicación del contrato acordada el 29 de diciembre de 2020, y notificada y publicada en el perfil de contratante al día siguiente, por lo tanto dentro del plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

Quinto.- El fondo del asunto se basa en determinar si la oferta presentada por la adjudicataria debe considerarse como una variante y en consecuencia inadmitir dicha oferta al no considerar el PCAP la posibilidad de presentación de variantes.

El recurrente en su escrito mantiene este motivo como central y sobre el cual gravitan otros tales como la correcta justificación de los ahorros energéticos para todas las estaciones y la falta de inclusión de los costes de la instalación fotovoltaica.

Previo y determinante es, antes de entrar a valorar la viabilidad de la justificación, definir y delimitar el concepto de variante. El órgano de contratación y el adjudicatario en sus escritos dirigidos a este Tribunal consideran que una variante es una proposición alternativa, es la única posibilidad de que un licitador presente varias ofertas, refieren el artículo 139.3 cuando establece *“Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 142 y 143 sobre admisibilidad de variantes (...)”*.

Invocan ambos la Resolución 909/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el cual en un caso de recogida de residuos, propone el cambio de carga de los camiones y con ello justifica una reducción de costes, considerando el Tribunal en ese caso que : *“A pesar de las denominaciones que utiliza, no tiene la consideración de variante, ya que no oferta una prestación distinta de la establecida en los pliegos, ni tampoco prestaciones adicionales a las previstas en los pliegos”*.

Invoca el adjudicatario diversas Resoluciones del TACRC que vienen a considerar que para que una oferta sea variante debe entrar en competencia consigo misma a través de una segunda oferta presenta por la misma licitadora, en caso de no producirse esta doble presentación de ofertas, podría discutirse si la propuesta respeta los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones, pero no podría excluirse al amparo del artículo 139.3 de al LCSP.

Este Tribunal en su Resolución 144/2015 consideró: “Evidentemente el cumplimiento de las condiciones técnicas previamente establecidas no queda ni al arbitrio del licitador ni al de la Administración que las ha fijado, el pliego ha de cumplirse sin salvedad o reserva alguna, sin sometimiento a condiciones que pueda suponer un elemento de discrecionalidad o inseguridad.

La propuesta de un sistema alternativo al previsto en el PPT no es admisible y por no ajustarse a éste supondría la exclusión de la oferta incumplidora. Solo cabe entender que se trata de una alternativa no aceptable. (...).

En cuanto a la distinción entre mejoras y variantes,(...) Así mientras las variantes son propuestas alternativas que incorporan otras soluciones técnicas a la prestación objeto de licitación y se concretan en una proposición alternativa u opcional para el órgano de contratación respecto de la exigida en los Pliegos de condiciones, las mejoras son aquellas aportaciones extras sobre la prestación que han sido señaladas en el PCAP como susceptibles de ser presentadas para la valoración de la oferta del licitador y determinar la adjudicación a través de los criterios de valoración”.

Determinada la diferencia fundamental entre variante y mejora y que se limita a la presentación de más de una oferta por parte de cada licitador, consideramos que, no dándose esta situación en este concreto caso, la instalación y utilización de equipos fotovoltaicos en una de las estaciones para la reducción de costes energéticos aplicables a todos ellos, no se trata de una variante, sino de una mejora no contemplada en el PCAP.

Llegado a este punto debemos acudir al art. 145.7 de la LCSP donde define y delimita las mejoras y de esa forma comprobar si las instalaciones de energía fotovoltaica pueden considerarse mejoras a la oferta.

El artículo 145.7 exige de las mejoras cuando se traten de criterios de adjudicación que se encuentren suficientemente especificadas. En este caso la

especificación que se encuentra en la cláusula 8 del Anexo I al PCAP apartado 2.2 refiere como mejora el ahorro energético que se conseguirá a partir del cambio de luminarias por otras con tecnología led. En ningún momento se hace mención al cambio en el sistema de producción energética, por lo que este Tribunal considera que la implantación de un sistema de producción energética mediante paneles fotovoltaicos no puede ni aceptarse ni valorarse. Tampoco sería valorable el incremento de ahorro producido por ella, limitándose a valorar el ahorro que el cambio de luminarias a tecnología led pueda conllevar.

Se ha de advertir que el motivo de recurso es la exclusión de la oferta presentada por SACYR por su consideración como variante. Nada manifiesta en cuanto a la viabilidad de su oferta que no se centre en el referido equipamiento fotovoltaico, por lo cual, en base al principio de congruencia este Tribunal solo analizará la solicitada exclusión de la oferta.

Por todo lo manifestado podemos concluir que se ha valorado un criterio de adjudicación que no se ajusta a las condiciones técnicas previamente establecidas, procediendo a la valoración de una “*mejora*”, no prevista.

En consecuencia, corresponde no puntuar dicha mejora. No obstante lo cual como afirma el propio adjudicatario, aunque por este criterio de valoración su oferta obtuviera cero puntos, seguiría siendo la primera clasificada, por lo que no variaría la adjudicación acordada. Tal y como demuestra en la siguiente tabla:

	Oferta económica	2.2.1	2.2.2	2.2	2.3	2.4	2.5.1	2.5.2	Total
Drace-Dragados	62,10	12,00	4,37	1,41	3,00	3,00	1,50	1,50	88,88
FCC Aqualia	61,89	12,00	5,56	1,14	3,00	3,00	1,50	1,50	89,49
Acciona	62,97	12,00	4,22	1,46	3,00	3,00	1,50	1,50	89,66
<i>Aquambiente</i>	<i>70,00</i>	<i>12,00</i>	0,00	<i>2,78</i>	<i>3,00</i>	<i>3,00</i>	<i>1,50</i>	<i>1,50</i>	93,78
SACYR	69,85	5,43	6,00	3,00	3,00	3,00	1,50	1,50	93,29

En aras de la eficacia que debe presidir las actuaciones administrativas y en base a todo lo manifestado a lo largo de esta Resolución procede desestimar el recurso interpuesto.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 120 del RDLCE 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 en materia de contratación interpuesta por la representación de SACYR AGUAS S.L. (en adelante SACYR), contra el acuerdo de 29 de diciembre de 2020, de Canal Isabel II S.A., de adjudicación del contrato de servicios “Servicios de explotación y mantenimiento de las estaciones depuradoras de aguas residuales (EDAR) del grupo cuentas Tajo y Tajuña” expediente 161/2019.

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 10.1, 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 los artículos 59 de la LCSP y 122.1 del RDLCSE.