

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

En Madrid, a 19 de septiembre de 2017.

**VISTA** la reclamación interpuesta por don C.C.M., en nombre y representación de Ullastres, S.A., contra la adjudicación de los lotes 5 y 6 del contrato de obras “Actuaciones urgentes de renovación y reparación en la red de abastecimiento y en la red de agua regenerada de Canal de Isabel II Gestión, S.A.”, número de expediente 148/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fechas 12, 27 y 31 de agosto de 2016 se publicó respectivamente en el DOUE, BOE y BOCM, la convocatoria del procedimiento de licitación del contrato de referencia, dividido en doce lotes, por procedimiento abierto y criterio único precio, con un valor estimado de 176.900.000 euros.

**Segundo.-** A la licitación convocada se presentaron veintidós licitadoras, entre ellas la empresa reclamante.

Una vez examinada la documentación administrativa aportada por las licitadoras para acreditar su capacidad de contratar y su solvencia, y las aclaraciones efectuadas a petición del órgano de contratación el 17 de enero, el 22

de febrero Canal de Isabel II Gestión concedió plazo de subsanación, que generó una nueva consulta para aclaraciones el 21 de marzo de 2017. Finalmente el 28 de marzo de 2017 se emitió informe de la Dirección de Operaciones con el resultado de la calificación de la documentación presentada por los licitadores para acreditar los criterios de selección cualitativa.

Una vez abiertas en acto público las ofertas económicas, el 19 de abril de 2017, Canal de Isabel II Gestión, S.A., (en adelante Canal de Isabel II) remitió a los licitadores cuyas ofertas se encontraban incursas en presunción inicial de anomalía o desproporción la solicitud de las precisiones, justificaciones y aclaraciones que considerasen precisas sobre la composición de la oferta a fin de poder valorar su viabilidad. En concreto para los lotes 5 y 6, se solicita la justificación de la viabilidad a la licitadora ACSA, Obras e Infraestructuras, S.A. (ACSA). Con fecha 27 de junio de 2017 se emitió Informe de análisis de valores anormales o desproporcionados suscrito por la Directora de Operaciones, el Subdirector de Conservación de Infraestructuras Zona Este y el Subdirector de Conservación de Infraestructuras Zona Oeste, en el que se admite la justificación presentada por aquella.

Con fecha 27 de julio de 2017, el Consejo de Administración de Canal de Isabel II, acordó la adjudicación de los contratos de los doce lotes del procedimiento, en concreto el lote 5 se adjudica a la empresa ACSA, Obras e Infraestructuras, S.A., con un porcentaje de baja de 46,65% y el lote 6 a las licitadoras en compromiso de UTE, Valoriza Agua, S.L.-Sacyr Construcción, S.A.U., (en adelante Valoriza-Sacyr), con un porcentaje de baja de 42,39%, lo que se notificó en fecha 1 de agosto de 2017, mediante correo electrónico, a todos los licitadores que presentaron oferta en el procedimiento.

**Tercero.-** Habida cuenta de su incidencia en la reclamación procede dar cuenta fáctica de las solicitudes de acceso a documentación contenida en el expediente y su respuesta por Canal de Isabel II.

- Con fecha 6 de julio de 2017, Ullastres remitió solicitud a Canal de Isabel II, de *“copia de los documentos aportados por ACSA y Ferrovial para justificar las temeridades de sus ofertas en todos los lotes”*, que fue contestada del siguiente modo: *“Será posible tomar notas respecto del expediente, pero no se entregará copia de lo presentado por otros licitadores. Previamente el órgano de contratación deberá identificar y retirar los documentos declarados confidenciales en los términos exigidos en el Pliego, a los que no podrá tener acceso ningún licitador”*. De esta forma se concedió acceso a:

- Toda la justificación aportada por Ferrovial para los lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 9 (por no haber declarado confidencial esta documentación).
- Aquella documentación en la que no constasen datos de carácter personal ni aquellos datos relativos a los intereses comerciales de ACSA en la justificación aportada por dicha empresa en relación con las ofertas presentadas a los lotes 1, 2, 5, 6, 7, 8 y 9.

- La reclamante accedió al expediente los siguientes días: 7, 10, 12, 13, 14, 17, 19, 24, 25 de julio de 2017 y 8 de agosto, poniéndose a disposición de la misma el tomo 0 de la justificación presentada por ACSA a cada uno de los lotes, tomo que contiene un resumen de la justificación aportada sin los datos personales ni comerciales que aparecen en los tomos I a VI.

- Con fecha 20 de julio de 2017, Ullastres solicitó nuevamente acceso a los restantes tomos de la justificación de ACSA, que le fue denegada por Canal de Isabel II, por haber sido declarados confidenciales.

- Con fecha 24 de julio de 2017, se puso a disposición de Ullastres la siguiente documentación, que no había sido declarada confidencial por los licitadores:

- Toda la justificación aportada por PACSA Servicios Urbanos y del Medio Natural, S.L., para los lotes 4, 9, 10 y 11.
- Toda la justificación aportada por Cobra Instalaciones y Servicios, S.A., para los lotes 8, 9, 10 y 11.

En esa misma fecha solicitó copia digital de toda la documentación acreditativa del cumplimiento de los criterios de selección cualitativa de los operadores económicos correspondiente a la UTE Valoriza-Sacyr. Dicha documentación se puso a disposición de la reclamante el 25 de julio.

- Con fecha 3 de agosto de 2017, una vez adjudicado el contrato, Ullastres solicita el examen y acceso al expediente del procedimiento de licitación 148/2016 con carácter previo a la interposición de recurso especial en materia de contratación. En dicho escrito se solicita acceso y copia de los documentos justificativos de la oferta presentada por ACSA para los lotes 5 y 6 y los documentos justificativos del cumplimiento de los criterios de selección cualitativa de ACSA y de la UTE Valoriza-Sacyr. Con fecha 4 de agosto de 2017, se concede el acceso que se verifica el siguiente día 8, a aquella documentación que no se considera confidencial y se reitera la inexistencia del derecho de obtención de copia. En esta ocasión Ullastres accedió a:

- Nuevamente el Tomo 0 de la justificación presentada por ACSA.
- Documentación acreditativa correspondiente a los criterios de selección cualitativa de ACSA y de la UTE Valoriza-Sacyr.

**Cuarto.-** El día 23 de agosto, Ullastres presenta ante este Tribunal escrito de reclamación contra la adjudicación de los lotes 5 y 6 del contrato. Previamente, habían anunciado la interposición de la reclamación mediante escrito presentado a Canal de Isabel II, el 7 de agosto de 2017.

En la reclamación se solicita la anulación de la adjudicación de los lotes 5 y 6 y su adjudicación a la oferta inmediatamente siguiente y subsidiariamente para el caso del lote 6, se solicita la nulidad de la adjudicación por no haber acreditado en la forma prevista en el PCAP los currículos del personal con la experiencia y titulación exigidas en el PCAP, al no incorporar a los mismos el documento de vida laboral de los trabajadores.

Canal de Isabel II 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 4 de septiembre, en el que solicita que se declare que los acuerdos de adjudicación en el procedimiento de licitación número 148/2016, lotes 5 y 6, son conformes a Derecho, por las razones que se expondrán al analizar el fondo de la reclamación.

**Quinto.-** Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado de la reclamación 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 las empresas en compromiso de UTE Valoriza-Sacyr con fecha 18 de septiembre de 2017, en las que con carácter preliminar afirma que la reclamante *“pretende desvirtuar la decisión del órgano de contratación y, por tanto, desvirtuar la discrecionalidad técnica de la administración, basándose única y exclusivamente en criterios y valoraciones subjetivas propias”*, sin acreditar, como exige la jurisprudencia la arbitrariedad de la decisión, para a continuación tratar de rebatir los argumentos con los que se pretende obtener un pronunciamiento estimatorio, de los que se dará cuenta al tratar cada uno de ellos.

Asimismo ha presentado escrito de alegaciones con la misma fecha la licitadora ACSA, en las que en primer lugar, solicita la inadmisión del recurso por falta de legitimación de la recurrente respecto del lote 5 del que es adjudicataria puesto que aun de estimarse el recurso su posición se mantendría y el lote se adjudicaría a otro licitador, asimismo solicita la desestimación del recurso por las razones que se expondrán al tratar sobre el fondo.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, el PCAP señala que: *“El presente contrato tiene carácter privado. El contrato está sujeto a 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 y en su defecto al derecho privado. Lo señalado anteriormente se entiende sin perjuicio de las remisiones expresas*

*hechas en el presente Pliego al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.(...). Las reclamaciones que se presenten por infracción de las normas contenidas en la Ley 31/2007, se tramitarán de conformidad con lo establecido en el Título VII de la referida Ley en redacción dada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación”.*

La competencia del Tribunal para conocer de la reclamación viene establecida en los artículos 101 y siguientes de la LCSE, en los que se dispone lo siguiente: “Los órganos indicados en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, (actual artículo 40 del TRLCSP) serán los competentes en sus ámbitos respectivos y en relación con las entidades enumeradas en el apartado 1 del artículo 3 de esta Ley, así como a las que estén adscritas o vinculadas a ellas, o a las que hayan otorgado un derecho especial o exclusivo, para ejercer las siguientes competencias respecto de los contratos cuyos procedimientos de adjudicación se regulan:

*a. Resolver las reclamaciones y cuestiones de nulidad que se planteen por infracción de las normas contenidas en esta Ley”.*

De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y el artículo 3.2 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 esta reclamación.

**Segundo.-** Canal de Isabel II, S.A., 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 176.900.000 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.-** Debe plantearse la legitimación de la reclamante en los términos del 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”*, ante las alegaciones de ACSA que manifiesta que carecería de legitimación, al menos respecto del lote 5, puesto que la baja ofertada por la reclamante para dicho lote es del 41%, estando clasificadas por delante de ella las ofertas de Valoriza-Sacyr con una baja del 42,46%, la UTE FCC Aqualia, S.A.–Construcción, S.A., con una baja del 42,22% y Acciona Agua con una baja del 42%. Para el lote 6 presentan oferta con una baja mayor que la de la reclamante, que asciende al 41%, las licitadoras, Valoriza-Sacyr con una baja del 42,39%, ACSA con una baja del 46,46% y Ferrovial Agroman con una baja del 46,66%, tal y como consta en el Acta pública de apertura de ofertas económicas, de fecha 4 de abril de 2017.

De estas ofertas ha sido rechazada por falta de viabilidad, a la vista del informe de justificación, la de Ferrovial Agroman (46,66% para ambos lotes) tal y como consta en el Informe de análisis de valores anormales o desproporcionados de 27 de junio de 2017. De esta forma las siguientes ofertas en orden de clasificación, serían para ambos lotes la de ACSA (46,65%) y en tercer lugar la de Valoriza-Sacyr (42,39%).

Si bien *prima facie* Ullastres queda colocada en segundo lugar en ambos lotes, lo cierto es que el apartado 1.B del Anexo I del PCAP señala que *“Se comenzará proponiendo la adjudicación del lote de mayor presupuesto máximo y se continuará la adjudicación del resto atendiendo a esta regla, siendo la propuesta de adjudicación del lote de menor presupuesto máximo la que se realizará en último lugar.”*

*Cada licitador, individualmente o en UTE, sólo podrá ser adjudicatario de (1)*

*lote.*

*En el caso de que un licitador, individualmente o en UTE, ofertara el precio más bajo en más de un lote, se le adjudicará únicamente el lote al que haya ofertado el mayor porcentaje (%) de baja global. En el caso que el porcentaje (%) de baja global ofertado por el licitador sea el mismo en más de un lote, se le adjudicará únicamente el lote de mayor presupuesto”.*

Valoriza-Sacyr ha realizado una oferta más baja para el lote 5 (42,46%) que para el lote 6 (42,39%) y más baja también que la de la reclamante. Ello implica que en el caso de estimar la reclamación y anular la adjudicación del lote 6 por considerar insuficientemente justificada la oferta incurso en presunción de temeridad, Valoriza-Sacyr no conservaría la adjudicación del lote 6 y pasaría a ser adjudicataria del lote 5, por lo tanto ninguna ventaja obtendría la reclamante respecto de ese lote. Sin embargo, la reclamante solicita la exclusión de la oferta de Valoriza-Sacyr también como consecuencia de la no acreditación de su solvencia, para ambos lotes, lo que en caso de estimarse este motivo de reclamación colocaría a Ullastres en condición de ser adjudicataria.

Debe por tanto considerarse que la reclamante ostenta legitimación activa.

**Cuarto.-** En cuanto al plazo de interposición de la reclamación 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 se produjo el 1 de agosto de 2017, mediante correo electrónico, a todos los licitadores que presentaron oferta en el procedimiento, por lo que la reclamación interpuesta ante el Tribunal el día 23 de agosto siguiente, se encuentra dentro del plazo de quince días indicado en la norma.

**Quinto.-** Por lo que respecta al fondo de la reclamación, debe examinarse en primer lugar la alegación de indefensión derivada, a juicio de la reclamante, de la falta de acceso al expediente de licitación y de obtención de copias del mismo. Frente a

dicha alegación el órgano de contratación opone en su informe y acredita mediante la aportación de la documentación pertinente que ha dado acceso a la reclamante al expediente de contratación hasta en 11 ocasiones, de conformidad con las reglas que al respecto ha establecido la doctrina de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, especificando que no podía dar acceso al expediente en los términos y condiciones requeridos por la reclamante, al haber parte de la documentación declarada confidencial, sino en la forma y manera establecida por los Tribunales Administrativos de Contratación de Pública al respecto.

En relación con el primero de los motivos de reclamación expuesto, la solicitud de la recurrente encuentra su fundamento en el artículo 29.3 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de Decisiones en Materia Contractual y de Organización del Tribunal Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPER), cuando establece que *“Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones”*.

En todo caso es preciso examinar si en este caso concurre el derecho invocado. A esta cuestión resultan de aplicación los principios inspiradores la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTAIPBG), en cuyos artículos se establece la obligación de transparencia de los poderes públicos y el suministro de información sobre sus actividades, con las limitaciones determinadas en la misma.

El derecho a un recurso efectivo mediante el suministro de información suficiente a los licitadores que lo soliciten viene recogido por la doctrina emanada de

los Tribunales de la Unión Europea, en concreto cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal General de la UE, de 20 de septiembre de 2011, que resuelve el asunto T-461/08 Evropaïki Dynamikiy; y en la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos cuyo considerando 6 señala que se debe dar a los licitadores el tiempo suficiente para examinar la decisión de adjudicación y evaluar si es preciso iniciar procedimiento de recurso. Cuando se notifique la decisión de adjudicación se debe proporcionar información que sea esencial a favor de un recurso eficaz. En este mismo sentido cabe citar la Resolución 47/2014, de 19 de marzo, de este Tribunal. Este Tribunal considera oportuno recordar que el principio de transparencia contemplado en el artículo 139 del TRLCSP se traduce en la necesidad de permitir a los licitadores el acceso a los documentos que forman parte del expediente de contratación, con las limitaciones que impone el deber de confidencialidad que resultan explicitadas en los artículos 140 y 153 del TRLCSP.

El acceso al expediente de contratación encuentra sus límites en la confidencialidad garantizada por el artículo 153 respecto de las ofertas de los licitadores, en el que subyacen asimismo intereses no solo de protección de datos, sino comerciales, de know how, propiedad intelectual y otros semejantes que conforman los indicados límites.

La competencia del Tribunal en este aspecto viene delimitada por la necesidad de garantizar un recurso efectivo frente a las decisiones del órgano de contratación (recurso especial en materia de contratación), y tal competencia no se puede extender con carácter general a toda solicitud de ejercicio del derecho de acceso al expediente, cuyo régimen está constituido por la regulación contenida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en la LTAIPBG. Por tanto, el Tribunal solo será competente, en el ámbito de la revisión contractual, cuando lo sea para resolver el recurso cuyo ejercicio se está impidiendo con la denegación del acceso a la

información que, en su caso, permitiría fundarlo, es decir, se trata de una competencia de carácter instrumental.

La cuestión del acceso al expediente de contratación y la confidencialidad ha sido tratada, entre otras, en la Resolución 203/2014, de 26 de noviembre, en la que se pone de relieve la existencia de dos vertientes del acceso al expediente de contratación, tratadas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. Efectivamente el acceso genérico al expediente regulado en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, (LPACAP) y garantizado por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen gobierno (artículos 17 y ss.) y el acceso al expediente con vistas a la interposición del recurso.

Así el Tribunal viene considerando que aunque la materia de fondo sea la contratación pública, su función tutelar respecto del derecho de acceso no es autónoma respecto de la función revisora en materia de adjudicación de contratos públicos. Caso distinto es aquél en el que el derecho de acceso y vista del expediente es vulnerado, siendo el mismo preciso para la interposición del recurso en cuyo caso el Tribunal despliega esa función tutelar en aras a evitar la indefensión a la hora de interponer el recurso, salvaguardando a su vez el principio de confidencialidad que no puede convertirse en una excusa o puerta falsa por la que obstaculizar la transparencia en la licitación pública. El carácter instrumental del acceso al expediente se pone de relieve también en la Resolución 243/2016, de 14 de noviembre.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, consta en el expediente administrativo que el documento de justificación de la viabilidad de la oferta presentado por ACSA para los lotes 5 y 6, ha sido declarado confidencial, si bien el órgano de contratación ha dado acceso en dos ocasiones a la recurrente al tomo 0 que incorpora una Memoria justificativa de los costes y el margen de explotación. Debe señalarse que en el resto de los tomos que acompañan al tomo 0, hasta un total de 6, se incorpora la documentación acreditativa del contenido de la indicada Memoria, de manera que por ejemplo en el tomo II contiene la acreditación de los costes de subcontratación

de obras de urgencia y detección de fugas, que se estiman en las páginas 24 de las memorias correspondientes a los lotes 5 y 6 en 644.367,03 euros y 143.678,99 euros. Esta acreditación consiste en el listado de todas las actuaciones con su importe y las facturas de los proveedores de servicios. Lo mismo ocurre con otros tomos donde constan facturas y datos de personal o de proveedores.

Como ha señalado este Tribunal, entre otras en la Resolución 106/2015, los datos relativos a proveedores o clientes son secretos, al igual que tampoco puede accederse a los datos personales de trabajadores. En todo caso como hemos indicado, el acceso al expediente es instrumental respecto de la interposición del recurso y puesto que los datos de justificación de la oferta, sin perjuicio de su acreditación documental que comprobará este Tribunal, sí constan en la información a la que ha tenido acceso la recurrente, procede desestimar la reclamación por este motivo.

En cuanto a la obtención de copias nada indica al efecto el TRLCSP, por lo que debemos acudir a la Ley 39/2015, aplicable como supletoria, que en concreto en su artículo 53.1.a) declara que los particulares *“Asimismo, también tendrán derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos”*. Si bien lógicamente la obtención de copia de la oferta completa, puede resultar más cómoda a la recurrente a la hora de preparar su defensa, no es menos cierto que su falta no produce indefensión, en cuanto, sí tuvo acceso al expediente, del que podía tomar notas, solicitar copias de documentos concretos, o incluso obtener imágenes. Por lo tanto no cabe admitir la causa de indefensión invocada.

Por todo lo anterior, no cabe estimar la reclamación en cuanto a este motivo.

**Sexto.-** Solicita la recurrente la nulidad del Acuerdo de adjudicación de los lotes 5 y 6 como consecuencia de la admisión por parte del órgano de contratación de la utilización del criterio de experiencia previa para justificar la viabilidad de la oferta. Aduce que si la experiencia previa del licitador no puede tomarse como criterio de adjudicación, tampoco cabrá justificar la viabilidad de la oferta incurra en presunción

de temeridad sobre la base de la experiencia previa adquirida por el licitador en contratos anteriores.

Señala el órgano de contratación que la reclamante confunde y mezcla de forma artificiosa e interesada dos elementos muy distintos de un procedimiento de licitación de un contrato público: los criterios de adjudicación del contrato y las justificaciones que puede presentar una empresa para defender ante el órgano de contratación la viabilidad de su oferta económica, citando para avalar esta última posibilidad resoluciones de distintos Tribunales de recursos contractuales. Y que habida cuenta de la finalidad de la justificación de la viabilidad de la oferta, el órgano de contratación no puede desconocer la realidad misma alegada por un licitador que ha ejecutado anteriormente un contrato análogo y debe tener en cuenta el estudio basado en los costes reales que efectivamente ha tenido.

Sin necesidad de argumentar sobre la posibilidad de incluir la experiencia como criterio de adjudicación, lo cierto es que la premisa de que parte la recurrente, no se ajusta a la realidad del documento de justificación. Efectivamente, acreditar la viabilidad de la oferta únicamente con base a la experiencia en contratos anteriores no cumple la finalidad perseguida con el procedimiento contradictorio diseñado en el artículo 152 del TRLCSP, pero lo cierto es que tal y como se indica en el tomo 0 de la Memoria justificativa aportada por ACSA, al que sí tuvo acceso la reclamante, la justificación contiene una referencia genérica a la solvencia, experiencia y buen hacer de la empresa, lo que es práctica común en las justificaciones de viabilidad de las ofertas a modo de introducción. Por otro lado como metodología del estudio de viabilidad se parte de los costes del contrato anterior desde su inicio el 1 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2016, pero a su vez se desglosan y justifican dichos costes aplicándolos a los del contrato actual. Debe señalarse que la metodología es una cuestión que no aparece regulada en norma alguna y cuya elección corresponde al licitador en cada caso.

Sin anticipar si resulta razonable dicha metodología de trabajo para este contrato, lo cierto es que no puede afirmarse en modo alguno que la justificación de la oferta se haya realizado valorando la experiencia, sino partiendo de datos

derivados de dicha experiencia que son conceptos que fácilmente se aprecia que son diferentes, lo que no encuentra obstáculo de legalidad alguna a juicio de este Tribunal, debiendo señalarse que a efectos de determinar la metodología de justificación tan válido puede ser realizar un desglose de costes *ex novo* como partir del resultado de anteriores contratos de contenido semejante respecto del que se trate de justificar la oferta.

Por lo tanto debe desestimarse la reclamación por este motivo.

**Séptimo.-** Subsidiariamente la recurrente alega que procede anular la adjudicación por falta de motivación que determina la arbitrariedad del acto. A pesar de lo indicado en el encabezamiento del motivo en realidad la argumentación del mismo no contiene un reproche de falta de motivación, sino más bien, de falta de razonabilidad de la justificación y su apreciación por el órgano de contratación.

El TRLCSP, en su artículo 152.3, 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.

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.).

El PCAP establece los criterios por los que se considerarán en presunción de desproporcionadas o temerarias las ofertas y su apreciación por la Mesa no es objeto de recurso.

El primer paso del procedimiento contradictorio para el análisis de las ofertas anormales es la solicitud de acreditación de la viabilidad de la oferta, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 152 del TRLCSP, cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, se dará audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, que le permitan ejecutar la prestación sin incidencias o disfunciones.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes requeridos, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económica más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas.

Tal como establece el artículo 152 del TRLCSP, sólo es posible excluir una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que “la oferta no puede ser cumplida”. Como expresa también el artículo 69.3 de la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando éstos parezcan anormalmente bajos para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2. Por ello la justificación ha de ir dirigida a demostrar la viabilidad de la oferta por referencia fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato. La cuestión que debe abordarse es si la justificación presentada respeta las condiciones de licitación establecidas en los pliegos porque si así no fuera, el cumplimiento del contrato no sería viable y la proposición inaceptable. Es decir, el término de comparación de la justificación ha de ser los propios pliegos que rigen la licitación. Es necesario que por los licitadores se pueda probar la seriedad de su oferta en todos los elementos que la componen ofreciendo la posibilidad de aportar todo tipo de justificaciones sobre los diferentes componentes. 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 no puede considerarse insuficiente por la omisión de elementos de escasa entidad en relación a la totalidad del importe o de explicaciones que puedan ser una pormenorización de lo expuesto con carácter general; obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta. El carácter contradictorio del procedimiento de verificación permite que se soliciten precisiones sobre los concretos elementos de la oferta sospechosa de anomalía que haya hecho albergar dudas.

El contenido de la justificación ha de ir referido a las prestaciones objeto del contrato. Las empresas deciden libremente la composición de sus ofertas económicas de acuerdo a los criterios establecidos en el Pliego y son conocedoras de los factores de todo tipo que han tenido en cuenta para su formulación en los términos en que la han presentado, valorando incluso el riesgo de exclusión al que se exponen, si sus propuestas son anormalmente bajas y el riesgo de no resultar adjudicatarias, si los precios que proponen son demasiado altos o cercanos a los máximos establecidos por el Pliego.

El segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. Según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 152 del TRLCSP corresponde al órgano de contratación “considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior” estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, 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 decisión sobre si una oferta, calificada inicialmente como desproporcionada, puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación, cuya decisión debe responder, además, a parámetros de razonabilidad y racionalidad.

De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada, cuando no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, podría ser considerada arbitraria.

A todo ello cabe añadir que de acuerdo con lo establecido en el artículo 84.3 de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, que goza de efecto directo, *“Las entidades adjudicadoras rechazarán la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 36, apartado 2”*.

Expuesta la doctrina en torno a la cuestión que nos ocupa, procede examinar la justificación presentada y su valoración en el informe técnico que da lugar a la exclusión de la oferta, a la vista de las prestaciones objeto el contrato.

Este Tribunal considera que debe destacar que el tratamiento que se ha dado a la oferta de ACSA no permite atisbar prima facie ninguna arbitrariedad o trato de favor a la misma como lo demuestra la circunstancia de que se han rechazado las justificaciones aportadas en los lotes 1, 2, 7, 8 y 9 y solo se han aceptado las aportadas en los lotes 5 y 6 por las razones expuestas de forma pormenorizada en el Informe Técnico.

Se aduce en primer lugar que la justificación de la oferta no es razonable porque no existe coincidencia territorial en los lotes 5 y 6 del actual contrato respecto de que se utiliza como término de comparación, concluyendo este último menos municipios.

Señala, sin embargo, el órgano de contratación que existe coincidencia territorial exacta entre los lotes 5 de ambos procedimientos de licitación y parcial

entre los lotes 6 de ambos procedimientos. Si bien en este último la zona geográfica correspondiente al municipio de Madrid, que es la que tiene el peso fundamental, coincide exactamente en los dos lotes. *“En concreto, en el Lote 6, se mantiene la vasta zona del municipio de Madrid, se elimina Rivas Vaciamadrid y se añaden 16 municipios, por lo que hay 15 municipios más. Se da la circunstancia adicional de que Pioz y Pozo de Guadalajara tienen suscrito un convenio singular con Canal de Isabel II, S.A., por el cual exclusivamente, y de forma discontinua, se suministra solamente agua a sus depósitos (es decir, no hay red de distribución a mantener ni a renovar): en consecuencia, la cifra queda reducida a 13 municipios adicionales”*. Se añade a modo de explicación que *“el hecho fundamental de que el número de municipios no es una magnitud definitoria del aumento de las prestaciones y, por tanto, del incremento de coste. A modo de ejemplo: los 13 municipios adicionales citados añaden una longitud de red de distribución de gran diámetro de 3.532 m, mientras que la red de distribución de gran diámetro de Rivas Vaciamadrid, que se elimina, es de 7.502 m”*.

En relación con la distinta distribución geográfica de los lotes, la reclamante considera que la apreciación de la viabilidad de la oferta no es razonable en cuanto al personal necesario, traslados, vehículos, almacén logístico, renting, maquinaria y subcontrata de obras de urgencia.

Debe señalarse que a pesar de lo alegado por la reclamante, dado que el ámbito geográfico del lote 5 coincide con el homónimo del anterior contrato, no pueden considerarse las alegaciones relativas a la distinta extensión como parámetro de razonabilidad de la decisión del órgano de contratación.

Comprobadas estas circunstancias por el Tribunal y a la vista de la explicación del órgano de contratación, no se observa que la discrecionalidad técnica que le es dada al mismo haya sido extralimitada admitiendo una justificación no razonable en cuanto a este punto de la extensión geográfica de los lotes, que se explica de forma pormenorizada y se analiza del mismo modo en el informe de apreciación de la viabilidad de la oferta.

**Octava.-** Por último y con carácter subsidiario se solicita la nulidad de la adjudicación del lote 6 por falta de acreditación de la solvencia requerida en el Pliego por parte del adjudicatario del citado lote, la UTE Valoriza Agua S.L.-Sacyr Construcción, S.A.U., al no haber acreditado en la forma prevista en el pliego los currículos de personal con la experiencia y titulación referidas en el apartado 5.1 B) 1.a) del Anexo 1 del PCAP. En concreto no se incorporan a los currículos las vidas laborales del personal, alegación que se realiza *ad cautelam* al no haber obtenido copia de la documentación aportada por las licitadoras.

El órgano de contratación señala que además de que sí ha puesto de manifiesto a la reclamante dicha documentación a efectos de que pudiera tomar notas y preparar su reclamación, la UTE Valoriza-Sacyr, sí ha presentado para acreditar los requisitos de selección cualitativa exigidos en el apartado 5.1 B) 1.a) del Anexo 1 al PCAP, los currículos y la vida laboral de los medios humanos propuestos en su oferta. Explica que con fecha 17 de enero de 2017 se requirió a la UTE para que aclarara determinados extremos ya que los certificados de vida laboral no cubrían la totalidad de la experiencia exigida en el PCAP.

Por su parte las empresas Valoriza-Sacyr, manifiestan que a pesar de no haber obtenido copia de la documentación acreditativa de la solvencia al no establecer tal derecho la legislación vigente, lo cierto es que Ullastres tuvo acceso al expediente de manera que o *“bien no ha querido la reclamante efectuar dicha comprobación, bien las ha realizado y, aun así, (conociendo el estado del expediente), ha optado por presentar su reclamación, (con respecto al Lote 6 adjudicado a mi mandante, “ad cautelam”), pero sabiendo perfectamente que la oferta no incumple el pliego”*, para terminar afirmando que si cumple con lo exigido.

En concreto en el PCAP en su Anexo I en el apartado 5.1 B), establece como requisito de solvencia: *“Las empresas licitadoras deberán acreditar que reúnen asimismo los siguientes requisitos de selección cualitativa (...)*

*1) Medios que deben adscribirse a la ejecución del contrato:*

*a) Los licitadores deberán contar con el siguiente personal para la ejecución de las obras objeto del contrato:*

- *Un ingeniero de Caminos, Canales y Puertos o un Ingeniero Técnico de Obras Públicas o Ingeniero Civil con al menos cinco (5) años de experiencia en la ejecución de cualquier tipo de obras hidráulicas de abastecimiento, que deberá estar disponible para la ejecución del contrato durante las 24 horas del día, por teléfono.*
- *Un Encargado de Obras con al menos ocho (8) años de experiencia en obras de abastecimiento y reparación de averías en redes de abastecimiento en los últimos 16 años.*
- *Dos (2) Capataces con al menos seis (6) años de experiencia en obras de abastecimiento y reparación de averías en redes de distribución en los últimos 16 años.*
- *Cuatro (4) Oficiales Montadores con al menos seis (6) años de experiencia en obras de abastecimiento y reparación de averías en redes de distribución en los últimos 16 años.*
- *Cuatro (4) brigadas formadas cada una por un Oficial y un Ayudante. Cada uno de ellos (Oficial y Ayudante) deberá contar con al menos seis (6) años de experiencia en la reparación de acometidas, conducciones generales y sus elementos de maniobra y control (válvulas, desagües y ventosas) de diversos tipos de materiales y diámetros, tanto en zanja como en galerías en los últimos 16 años.*
- *Un oficial con al menos ocho (8) años de experiencia en los últimos 16 años en incidencias y averías en redes de distribución, con vehículo y teléfono móvil propio, para atender los avisos urgentes que le sean asignados”.*

La experiencia y perfiles exigidos debían ser acreditados mediante los currículos correspondientes acompañados de la vida laboral de los trabajadores.

Consta que Sacyr-Valoriza presentó inicialmente una documentación que la mesa de contratación no consideró suficiente, requiriéndole, junto a otras licitadoras, para que subsanara el defecto con fecha 17 de enero de 2017.

En concreto se indicaba que:

- El CV del encargado propuesto, don I.R.M, acreditaba ocho años de experiencia mientras que la vida laboral acreditaba 7 años.
- El CV del oficial montador propuesto, don FJ.B.A., acredita 6 años de experiencia, mientras que la vida laboral acreditaba 4 años.
- El CV del oficial de brigada propuesto, don C.G.G., acredita 6 años de experiencia, mientras que la vida laboral acreditaba 4 años.
- El CV del oficial de brigada propuesto, don M.A.M.G., indica que está dado de alta en Valoriza Agua, S.L. desde el año 2010 mientras que la vida laboral indica que está dado de alta en Valoriza Agua, S.L. desde el 21 de febrero de 2011.

Examinada por este Tribunal la documentación aportada en subsanación el 23 de enero por la UTE, se comprueba que en la vida laboral de don I.R.M además de la experiencia de 7 años y 4 meses en Valoriza Agua, consta que previamente había prestado los servicios indicados en Hispanagua desde el 19 de junio de 2006 así como previamente en otras empresas.

En cuanto a FJ.B.A, consta que al haberse jubilado dicho señor sustituyen al trabajador por don FJ.E.S que lleva prestando servicios en Valoriza agua desde el 1 de diciembre de 2006 y que con anterioridad desde el 3 de octubre del 2006 los había desempeñado en Sacyr. Lo mismo ocurre respecto de M.A.M.G que fue sustituido por jubilación por don A.R.M que consta contratado por Valoriza Agua desde el 1 de marzo de 2008.

Respecto de C.G.G se aporta vida laboral en la que consta que antes de haber desempeñado los trabajos en Valoriza Agua los había desempeñado desde el 29 de junio de 2004 en Gestagu, donde fue oficial del servicio de aguas de Valdáliga (Cantabria).

Como se acredita en el documento número 32 del expediente administrativo, la UTE presentó en el plazo establecido al efecto, las vidas laborales completas de dos de los trabajadores propuestos, así como la documentación de dos trabajadores que sustituían otros dos, acreditando de esta forma la experiencia exigida en el

PCAP para estos perfiles. Esta labor de comprobación es sencilla sin necesidad de obtener copia de los documentos aportados, como más arriba se ha indicado, y como aduce en alegaciones Valoriza.

Debe advertirse que este Tribunal en diversas ocasiones, como en la Resolución 109/2016, de 8 de junio, ha admitido la posibilidad de subsanación incluso sustitución del equipo humano si ello no modifica la oferta, puesto que no es exigible que el equipo humano propuesto forme parte en el momento de la presentación de ofertas de la plantilla de la empresa oferente, cuando al exigencia constituye un requisito de adscripción de medios. Debe admitirse igualmente que la identidad de los profesionales pueda variar respecto de los propuestos en un primer momento, siempre que la cualificación profesional de los mismos aparezca debidamente acreditada en la forma exigida en el Pliego y por supuesto siempre que el personal inicialmente ofertado no hubiera sido objeto de valoración por sus características o *intuitu personae*.

Parece que la recurrente considera que la vida laboral a acreditar debía serlo en la empresa licitadora, al afirmar *“la adjudicataria del lote 6, la UTE formada por las empresas Valoriza Agua S.L. y Sacyr Construcción S.A.U., ha presentado junto con la relación curricular las vidas laborales limitadas al periodo de permanencia de los trabajadores en la empresa Valoriza Agua S.L., pero sin acreditar la totalidad del periodo que refiere el pliego”*, sin embargo, nada autoriza a pensar que la exigencia estuviera limitada a una sola empresa, tal y como está redactado el PCAP, por lo que este Tribunal no encuentra obstáculo legal alguno a que la acreditación de la experiencia del equipo humano a través de certificados de vida laboral pueda incluir la experiencia en diversas empresas.

Tampoco se aprecia vulneración del principio de igualdad en el tratamiento recibido por Ullastres o el resto de licitadoras en relación con la acreditación de la solvencia puesto que como aduce Valoriza-Sacyr, también ha debido aclarar y subsanar la vida laboral de los trabajadores incluidos en su propia oferta al ser requerido para ello.

**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.-** Desestimar la Reclamación interpuesta don C.C.M., en nombre y representación de Ullastres, S.A., contra la adjudicación de los lotes 5 y 6 del contrato de obras “Actuaciones urgentes de renovación y reparación en la red de abastecimiento y en la red de agua regenerada de Canal de Isabel II Gestión, S.A.”, número de expediente 148/2016.

**Segundo.-** Levantar la suspensión automática del procedimiento mantenida por este Tribunal mediante Acuerdo de 6 de septiembre de 2017.

**Tercero.-** 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.

**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.