

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

En Madrid, a 14 de septiembre de 2023

VISTA la reclamación interpuesta por la representación legal de AQUAMBIENTE, Servicios para el Sector del Agua, S.A.U. y ACSA Obras e Infraestructuras, S.A.U., que participan en compromiso de UTE (en adelante UTE AQUAMBIENTE-ACSA) contra los Acuerdos de Adjudicación , de 20 de julio de 2023, del Consejero Delegado del Canal de Isabel II por las que se adjudican los 6 lotes del contrato “Servicio de explotación y mantenimiento de la red de alcantarillado e instalaciones complementarias del municipio de Madrid” número de expediente 43/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 17 de octubre de 2022, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad, el 19 en el DOUE y el 10 de noviembre en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 6 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 248.174.026,80 euros y su plazo de duración será de cuatro años, con posibilidad de prórroga por un año más.

A la presente licitación se presentaron 11 entidades, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Tramitado el procedimiento de licitación, el 20 de julio de 2023, se adjudican los 6 lotes. En concreto, en lo que aquí interesa, el lote 5 se adjudica a FCC Aqualia y el lote 6 a la UTE Tratamiento Industrial de Aguas, S.A.-Conservación y Sistemas-FCC Construcción S.A.

Tercero.- El 2 de agosto de 2023, tuvo entrada en este Tribunal la reclamación especial en materia de contratación, formulada por la representación de la UTE AQUAMBIENTE-ACSA en la que solicita que se anulen los acuerdos de adjudicación, se excluyan las ofertas presentadas por las adjudicatarias de los lotes 5 y 6 y tras la correcta valoración de los criterios de adjudicación, se dicte nueva resolución. Subsidiariamente solicita, para el supuesto de que no se estimen sus pretensiones, que este Tribunal revise la conformidad a derecho de la declaración de confidencialidad en relación con la cesión de medios/subcontratación.

El 9 de agosto de 2023, el órgano de contratación remitió 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 del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de

organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, 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 el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado de la reclamación a los adjudicatarios de los lotes 5 y 6 de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones que han sido presentadas dentro del plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, tiene carácter privado y se encuentra 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.- Se acredita la representación de los firmantes de la reclamación.

Mención especial merece determinar si la recurrente está legitimada para interponer la presente reclamación.

La recurrente solicita la anulación de las adjudicaciones de los lotes 1 a 6, amparándose en la exclusión de las adjudicatarias de los lotes 5 y 6.

Al respecto señalar que está legitimada para impugnarlos los lotes 5 y 6, pues a pesar de no haber obtenido una buena clasificación, tal y como apunta el órgano de contratación, el hecho de que otros licitadores mejor posicionados se les haya adjudicado otros lotes da como resultado que la recurrente está posicionada en segundo lugar en los lotes 5 y 6, de hecho, en sus alegaciones sólo hace referencia a ambos lotes. Cuestión diferente es la repercusión que pudiera tener una hipotética estimación del recurso excluyendo a los licitadores citados por afectar al resto de lotes.

Por ello, no está legitimada para impugnar los lotes 1, 2, 3 y 4 pues ante una hipotética estimación no acredita el beneficio que pudiera obtener tal y como exige la doctrina de los tribunales de contratación.

Tercero.- La reclamación especial se planteó en tiempo y forma, pues los acuerdos impugnados fueron adoptados el 20 de julio de 2023, practicada la notificación el 21 e interpuesta la reclamación el 2 de agosto, dentro del plazo previsto en el artículo 121 del RDLCSE.

Cuarto.- La reclamación se interpuso contra los acuerdos de adjudicación en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 431.000 euros, acto recurrible de los previstos en el artículo 119.1 y 2 c) del RDLCSE.

Quinto.- Manifiesta la recurrente que el apartado 5.3.1. del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) establece que cada licitador debe contar como mínimo con un Jefe de Servicio con la titulación y experiencia mínimas indicadas en dicho apartado, con dedicación exclusiva para el lote que sea adjudicatario.

Señala además, que se establece como criterio de valoración cuantificable mediante la aplicación de fórmulas la experiencia adicional del jefe de servicio con dedicación exclusiva a los servicios que exceda de la experiencia mínima requerida para dicho perfil en el apartado 5.3.1. del Anexo I (apartado 8 del Anexo I del PCAP) con hasta 20 puntos.

En relación con lo anterior alega que se evidencia una total coincidencia entre los valores ofertados y la documentación aportada por FCC Aqualia, S.A. (adjudicataria del lote 5) y la UTE Tratamiento Industrial De Aguas, S.A. – Conservación y Sistemas, S.A. – FCC Construcción, S.A. (adjudicataria del lote 6) para los criterios técnicos cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. Ambas licitadoras han ofertado la experiencia adicional de un Ingeniero Técnico industrial, en nómina de la empresa FCC Aqualia, S.A. (conforme consta en el currículum), titulado por la Universidad de Salamanca según título expedido el 13 de marzo de 1998.

Así, considera que dichas licitadoras han incumplido los requisitos de presentación de ofertas conforme lo establecido en los pliegos pues se prohíbe la presentación de propuestas simultánea por un mismo licitador. En su exposición interpreta que los licitadores pueden presentar oferta a todos los lotes pudiendo

resultar adjudicatarios de un único lote, así aunque los licitadores que hubieran presentado oferta a todos los lotes podían proponer el mismo Jefe de Servicio para todos los lotes dado que cada licitador sólo puede resultar adjudicatario de un lote.

A su juicio existen indicios de una presentación coordinada de las dos ofertas lo que conduce a la exclusión de ambas basándose en:

- Las licitadoras FCC Aqualia, S.A. y la UTE Tratamiento Industrial de Aguas, S.A. – Conservación y Sistemas, S.A. – FCC Construcción, S.A, participada la primera por Grupo FCC y contando la segunda, como empresa miembro a otra empresa de dicho Grupo FCC, gozando por tanto de cierta vinculación han ofertado, en los criterios técnicos cuantificables, en idénticos términos.
- Identidad en los defectos apreciados por la mesa de contratación en el Sobre 1.
- Mismos valores ofertados para los criterios de valoración cuantificables mediante la aplicación de fórmulas, en concreto, unidad de oferta en el criterio A).2.1. de ampliación de la experiencia del Jefe de Servicio que representa 20 de los 100 puntos, y siendo conocedoras de que ambas presentan oferta a todos los lotes de la misma licitación.
- Presentación de la misma documentación acreditativa del criterio A).2.1.
- Ambos licitadores rechazaron presentar justificación al valor anormal o desproporcionado de sus ofertas al lote 3.

En este sentido señala que la mera relación entre empresas, por sí sola no implicaría que se trate de una oferta doble del mismo operador económico. No obstante, las coincidencias puestas de manifiesto en la presentación simultánea de ambas ofertas en el criterio valorable de la experiencia del Jefe de Servicio, no es una

mera presunción subjetiva, sino un relato fáctico que resulta probado con la documentación que obra en el expediente que viene a confirmar la existencia de una oferta doble, pues un licitador pone en manos de su otra empresa competidora determinada información, lo cual se presta a manipulación o a conocimiento de su contenido, ello implica la vulneración de lo dispuesto en el artículo 139.3 de la LCSP. Además, es evidente que una misma persona no puede estar prestando servicio en dos contratos a la vez si cada uno de ellos le requiere dedicación completa.

Por ello solicita la anulación de la adjudicación y la exclusión de ambos licitadores del procedimiento con un nuevo cálculo de las ofertas anormales y posterior clasificación.

Subsidiariamente, para el supuesto de que no se estimen sus pretensiones, solicita que este Tribunal ordene la retroacción a fin de que el órgano de contratación revise la declaración de confidencialidad efectuada por las adjudicatarias en relación a la declaración de subcontratación pues no le ha sido proporcionado en la vista del expediente el Anexo X.

Por su parte el órgano de contratación alega que la recurrente realiza una referencia sesgada del PCAP al decir que los licitadores solo podrían resultar adjudicatarios de un único lote. Si bien el pliego, siempre que existan licitadores suficientes para cada uno de los lotes que acrediten capacidad suficiente, favorece que cada lote sea adjudicado a licitadores distintos, nada impide que ante la posibilidad de que un lote se quede desierto, un mismo licitador sea adjudicatario de dos o más lotes. En el momento de la presentación de ofertas los licitadores desconocían qué concurrencia existiría para cada uno de los lotes y si, conforme al PCAP, podrían ser adjudicatarios de varios lotes. Aun así, todos los licitadores presentaron los mismos perfiles a cada uno de los lotes, en este caso, a los seis lotes a los que se presentaron. Por tanto, si resultaran adjudicatarios de dos lotes tendrían

el mismo perfil ofertado a ambos lotes con la obligatoriedad de modificar la composición del personal por otros perfiles de la misma capacidad y experiencia.

Señala que nada impide que empresas vinculadas o pertenecientes a un grupo empresarial puedan concurrir a una misma licitación pública. En prueba de ello se remite al artículo 149 de la LCSP que al regular el régimen de las ofertas incursas en valores anormales señala para el caso de presentación de ofertas por empresas que pertenezcan a un mismo grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, la que fuera más baja, independientemente de que presenten su oferta en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurren en unión temporal. En los mismos términos se expresa en el PCAP, debiendo presentar los licitadores el Anexo VI, como así hicieron las adjudicatarias y se aplicó por el Canal para el cálculo de las ofertas incursas en presunción de anormalidad.

En cualquier caso, manifiesta haber realizado las siguientes comparaciones de las ofertas.

1. Se examinaron las proposiciones económicas presentadas al lote 5 y al lote 6 por FCC Aqualia, S.A y la UTE Tratamiento Industrial de Aguas S.A. - Conservación y Sistemas S.A. - FCC Construcción S.A, que siguen el modelo previsto en el Anexo II del PCAP, como las del resto de licitadores, y que están firmadas el mismo día, pero no tienen la misma tipografía, ni los mismos errores, no tienen el mismo domicilio social, ni igual formato y no están firmadas por el mismo representante legal.
2. Se examinaron también las proposiciones relativas a los criterios técnicos cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, que suponen el 30% de los criterios de adjudicación de los contratos correspondientes a cada lote.

Las adjudicatarias presentaron ofertas conforme al modelo de proposición facilitado en el Anexo II bis del PCAP y con la misma fecha, y ofertaron los mismos valores a cada uno de los criterios establecidos.

3. La forma, posibles errores tipográficos, tipografía y domicilio social de las proposiciones presentadas es diferente y el representante legal de cada una de las dos empresas también es distinto.

4. La empresa FCC Aqualia, S.A., y las empresas miembros de la UTE Tratamiento Industrial de Aguas, S.A., - Conservación y Sistemas, S.A. - FCC Construcción, S.A., son parte del mismo grupo empresarial, el Grupo Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., como ellas mismas han puesto de manifiesto en sus ofertas presentadas a los lotes 1, 2, 3, 4 y 5. En este sentido, las empresas no intentaron ocultar en ningún momento su condición de empresas del grupo.

Por ello, no aprecia vulneración de las reglas de presentación de ofertas ya que, tanto las adjudicatarias como el órgano de contratación, han actuado conforme a la normativa de contratación y los pliegos que rigen la presente licitación.

Además, precisa que en contra de lo alegado por la recurrente, ambas licitadoras no cometieron el mismo error en la documentación presentada para acreditar el requisito de solvencia exigido en el apartado 5.1.B).2: FCC Aqualia, S.A., no presentó un *“contrato de al menos 3 años cuyo objeto sean las inspecciones y limpiezas en red de alcantarillado visitable”* mientras que la UTE Tratamiento Industrial de Aguas, S.A. no presentó la documentación acreditativa del requisito referido a *“obras de alcantarillado”*.

Con relación a la exigencia de la dedicación exclusiva del Jefe de Servicio a la ejecución del contrato, se encuentra desarrollada en el punto 10.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) que rige esta licitación que en su último párrafo dispone lo siguiente: *“Todo el personal adscrito al contrato tendrá dedicación exclusiva al mismo, independientemente de su categoría laboral y funciones. El adjudicatario deberá entregar, al principio del contrato, un listado con todo el personal dedicado al mismo, que salvo causa justificada deberá ser el mismo que el ofertado y, a lo largo del contrato, deberá comunicar cualquier cambio que quiera realizar, siendo necesario permiso expreso de Canal de Isabel II para su modificación y, concretamente, para la sustitución de encargados, técnicos y responsable del servicio”*.

Por tanto, nada impide que, conforme a los pliegos, se produzca al inicio del contrato una modificación del personal ofertado, siempre que cumpla los requisitos y exigencias previstos en el PCAP.

A mayor abundamiento, hace especial mención a que las adjudicatarias de los lotes 1 y 3 han presentado el mismo Jefe de Servicio, sin embargo, no pertenecen al mismo grupo empresarial. Esto evidencia la idea de que a pesar de que un trabajador esté actualmente en una determinada empresa no le impide o le inhabilita para llegar a acuerdos laborales con terceros o incluso aceptar ofertas con otras empresas en el transcurso en el que se produce la presentación de una oferta por un licitador y la formalización de un contrato. No podemos olvidar que en la tramitación de determinados expedientes de gran complejidad como el que aquí nos atañe pueden transcurrir meses e incluso un año. Es por ello que la oferta que presenta un licitador es un *“compromiso”* pero debe permitir, como no puede ser de otra forma, cambiar los medios personales si fuera necesario, cumpliendo siempre lo que marcan los Pliegos de contrato.

Tampoco considera que se haya producido una vulneración del secreto de las ofertas pues nada impide que un mismo perfil sea ofertado en diferentes ofertas por

lo que le sorprende al órgano de contratación las alegaciones del recurrente, pues el mismo, en otro procedimiento anterior, había presentado una oferta en la que compartía medios y proveedores con otra oferta de la empresa de su Grupo y en ese caso no apreció vulneración de la imparcialidad y objetividad.

Añade que existen dos criterios más de adjudicación sujetos a fórmulas, que han sido valoradas con el máximo a todas las empresas licitadoras, sin que ello implique que todos los licitadores han compartido información.

Por lo que se refiere al hecho de que ambas licitadoras han rechazado justificar su oferta incurra en baja desproporcionada, señala que esta misma estrategia fue adoptada por las empresas del mismo grupo al que él pertenece.

En cuanto a la confidencialidad de los documentos señala el Canal que la declaración de subcontratación (ANEXO X) no ha sido señalada como documento confidencial por ninguna de las adjudicatarias. No obstante, la reclamante no solicitó visualizar dicho documento durante el acceso facilitado por Canal de Isabel II, ni formuló a Canal de Isabel II ninguna consulta relacionada con la información contenida en el referido Anexo, pues de haberlo hecho se le podría haber facilitado la información necesaria censurando los datos protegidos por protección de datos o que tuvieran carácter confidencial, en caso de existir. En cuanto a la documentación relativa a la adscripción de medios personales (materia sobre la que se fundamenta la reclamación interpuesta) fue declarada y, posteriormente, ratificada como confidencial, por lo que en ningún caso Canal de Isabel II podría haber facilitado a la reclamante el acceso a la misma.

Por su parte las adjudicatarias se oponen a las alegaciones de la recurrente en similares términos a como lo hace el órgano de contratación.

Destacar que la UTE adjudicataria del lote 6 solicita la inadmisión del recurso por extemporáneo pues considera que se debieron recurrir otros actos como la admisión de ofertas y también la clasificación y la propuesta de adjudicación.

Al respecto recordar que tales actos se incardinan dentro de los actos de trámite no cualificados por lo que no son susceptibles de recurso de conformidad con el artículo 44.2. de la LCSP.

En cuanto al resto de alegaciones, vistas las posiciones de las partes, este Tribunal acoge las pretensiones tanto del órgano de contratación como de los adjudicatarios, pues nada impide que empresas pertenecientes a un mismo grupo presenten ofertas en una misma licitación, circunstancia que no ha sido ocultada por las licitadoras que han presentado sus declaraciones al respecto. Tampoco se puede pensar en una actuación coordinada por haber presentado un mismo Jefe de Servicio ambas entidades, pues parece ser una práctica habitual entre las empresas cuando se solicita una cualificación profesional tan específica y que además no es un hecho proscrito en los pliegos. Además, yerra la recurrente cuando expone que cada licitador solo puede ser adjudicatario de un único lote, pues de la lectura del PCAP se comprueba que en determinadas circunstancias se puede ser adjudicatario de varios lotes. Igualmente, no demuestra nada que ambas licitadoras hayan renunciado a justificar la viabilidad de las ofertas cuando ya eran conocedoras de que se les habían adjudicado otros lotes pues entra dentro de la lógica estrategia empresarial centrar los esfuerzos en aquello que más interesa.

En definitiva, las alegaciones de la recurrente pretender buscar ciertas similitudes entre ambas ofertas para demostrar que hay una actuación coordinada entre ambas licitadoras, circunstancias que por un lado no acreditan nada y por otro no incumplen lo previsto en los pliegos.

En cuanto a la solicitud de acceso al expediente, el órgano de contratación manifiesta que ya se le concedió dicho trámite y por lo que se refiere al Anexo X (subcontratación) no solicitó su visualización, extremo que es comprobado por este Tribunal. En consecuencia, no procede atender a su solicitud pues no existe un incumplimiento por parte del órgano de contratación en dicho trámite, ni procede la retroacción de actuaciones por haber precluido el mismo, todo ello de conformidad con el artículo 52 de la LCSP.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar la reclamación interpuesta por la representación legal de AQUAMBIENTE, Servicios para el Sector del Agua, S.A.U. y ACSA Obras e Infraestructuras, S.A.U., que participan en compromiso de UTE (UTE AQUAMBIENTE-ACSA) contra los Acuerdos de Adjudicación, de 20 de julio de 2023, del Consejero Delegado del Canal de Isabel II por las que se adjudican los lotes 5 y 6 del contrato “Servicio de explotación y mantenimiento de la red de alcantarillado e instalaciones complementarias del municipio de Madrid” número de expediente 43/2022.

Segundo.- Inadmitir la reclamación interpuesta contra la adjudicación de los lotes 1, 2, 3 y 4 del contrato de referencia por falta de legitimación.

Tercero. - Denegar la solicitud de acceso al expediente.

Cuarto.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Quinto.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Sexto. - 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 59 de la LCSP.