



Recurso nº 529/2014 C.A. de Melilla 005/2014

Resolución nº 559/2014

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 22 de julio de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.J.C.S., en representación de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. (en lo sucesivo, FCC o la recurrente), contra el acuerdo de exclusión de la oferta presentada por la UTE FCC-URBASER y la consiguiente adjudicación del contrato de servicios de "*Limpieza de redes de recogida de aguas residuales y pluviales de la Ciudad Autónoma de Melilla*", (expediente 181/2013), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana de la Ciudad Autónoma de Melilla (en adelante, la Consejería o el órgano de contratación) convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE el día 2 de enero de 2014, licitación por procedimiento abierto para contratar el servicio de limpieza de redes de recogida de aguas residuales y pluviales. El valor estimado del contrato asciende a 3.545.885,73 €. Fueron admitidas 8 ofertas, entre ellas la de la UTE en la que participa la recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como con lo previsto en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. El contrato, de la categoría 16 del Anexo II del TRLCSP, está sujeto a regulación armonizada.

Tercero. En la Mesa de contratación de 17 de marzo de 2014, tras la apertura de las ofertas económicas, se acordó proponer la adjudicación en favor de la UTE FCC-URBASER, al ser su importe (2.402.677,32 euros, sin impuestos) el más bajo de todos los presentado y el precio el único criterio de adjudicación.

Tras advertir que la oferta de la UTE FCC-URBASER, se encontraba en presunción de temeridad de acuerdo con los parámetros establecidos en el artículo 85 del RGLCAP, se le requirió para que justificase *“la viabilidad y solvencia de su oferta”* y precisase, tal como se establece en el artículo 152 del TRLCSP, las condiciones de la misma *“en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes”*.

Cuarto. En el plazo habilitado, la UTE FCC-URBASER presentó un amplio informe con la justificación requerida. Tras analizar los requerimientos de medios personales y materiales establecidos en los pliegos, detalla los costes unitarios considerados en su oferta respecto al personal (convenio colectivo y aplicación de las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social en Melilla), amortización de inversiones y otros costes de explotación. Señala también que dispone de una nave industrial, que el coste de las instalaciones se incluye en el 8% de gastos generales y que *“los precios de seguros, autorizaciones, etc., se minimizan al colaborar las centrales de ambas empresas en los mismos”*. Detalla el presupuesto estimado y concluye que los factores más significativos que determinan el ahorro en su oferta son: la disponibilidad de los servicios generales que aportan ambas empresas; el completo análisis de costes de personal y maquinaria de nueva adquisición y el disponer de instalaciones en Melilla sin cargo para el contrato.

Quinto. Tras solicitar informe a la Seguridad Social sobre la bonificación de cuotas en la actividad a contratar, el 4 de abril se recibió contestación en el sentido de que a la actividad de *“Recogida, tratamiento y eliminación de residuos”* (CNAE 38) le era de aplicación tal bonificación; no así a la actividad de *“Recogida y tratamiento de aguas residuales”* (CNAE 37). El informe de la la Oficina Técnica de Recursos Hídricos sobre la justificación presentada, considera que los servicios a contratar se encuadran en la CNAE 37 y, por tanto, no les son de aplicación las bonificaciones de cuotas a la Seguridad

Social, por lo que los costes reales de personal no bajarían anualmente de 519.528,20 €, frente a los 422.535,41 € estimados en la justificación de su oferta por la UTE FCC-URBASER.

A partir de dicho informe, el Director General de Gestión Económico- administrativa de Medio Ambiente concluyó el 7 de abril de 2014 que aunque los gastos generales y el beneficio fueran cero, el coste de los servicios para los cuatro años de contrato ascendería a 2.655.880 € (sin impuestos) lo que le lleva a concluir que *“la oferta presentada no cubre los costes del servicio claramente”*. Añade que tanto URBASER como FCC, pertenecen a grupos de reconocida solvencia, *“sin embargo siendo los actuales adjudicatarios del contrato de limpieza viaria y recogida de residuos de esta CAM, han venido prestando un servicio con incumplimientos que han sido merecedores de descuentos importantes... Por todo lo dicho anteriormente, se propone la consideración de la oferta presentada por la UTE Urbaser-FCC como incurso en baja temeraria, y se adjudique la licitación a la siguiente empresa con más baja oferta económica”*.

Un mes después el Jefe de Servicio de la Oficina Técnica formula un nuevo informe en el que reitera que el epígrafe de la CNAE que corresponde a la actividad objeto del contrato no está bonificada por corresponder a la CNAE 37.00.

El mismo día 7 de mayo, el Director General de Gestión Económico-administrativa, remite nuevo informe a la Mesa de contratación, que transcribimos extensamente, resaltando las afirmaciones más significativas: *“Con independencia del criterio del Jefe del Servicio y de este Director General, la entidad competente para admitir la clasificación correspondiente del personal afecto al servicio es la Seguridad Social, y ésta, a la consulta del Jefe del Servicio sobre la procedencia o no de bonificación del personal afecto a una serie de tareas que se especifican en dicha consulta, no se pronuncia de manera negativa,... Lo que unido a la consulta telefónica sobre el fondo del asunto a responsables de la Seguridad Social, admitiendo la posibilidad de bonificación, **nos lleva a concluir que existe una posibilidad real de que dicho personal pueda resultar bonificado...** El hecho de la posibilidad real de dicha bonificación, determinaría una variación en los costes justificados que harían cambiar el criterio mantenido en el informe de 7 de abril, entendiéndose que **no debería declararse incurso en baja temeraria a la***

UTE FCC-Urbaser,... viniendo avalada esta situación por el encuadramiento por parte de las empresas integrantes de la UTE, del personal de estos servicios en contratos de otros puntos de la geografía española, y en el pasado en el ámbito territorial de Melilla, en una actividad económica del CCC de las bonificadas en Melilla, sin que se tenga constancia de modificación por parte de la Seguridad Social de este encuadramiento, ni exista constancia de ello en las consultas evacuadas por la Seguridad Social”.

En la reunión de la Mesa de contratación del 27 de mayo se da cuenta de estos últimos informes, de los que la Mesa deduce que *“no se puede afirmar rotundamente que los trabajos a realizar, según lo establecido en el PPT estén bonificados por la Seguridad Social, (por) lo que se estima que la oferta presentada... no puede ser cumplida a satisfacción de la Ciudad como consecuencia de la inclusión de los valores anormales”.* Se propone en consecuencia, dejar sin efecto la propuesta de 17 de marzo y adjudicar el contrato a la empresa VALORIZA AGUAS, S.A. (en adelante, VALORIZA o la adjudicataria), por importe de 2.622.673,29 €, al ser la más económica y no estar incurso en baja anormal o desproporcionada. Así lo acuerda la Consejería mediante Orden de 12 de junio que se comunica a la recurrente el mismo día.

Sexto. El 30 de junio de 2014 se presenta en el registro del Tribunal escrito de FCC de interposición de recurso contra el indicado acuerdo, previamente anunciado al órgano de contratación. Considera que:

- El acuerdo por el que se excluye su oferta carece de motivación porque se aparta de la propuesta inicial de la Mesa *“sin justificar las razones del cambio y no expone las razones por las que, en contra de lo dispuesto por la Dirección General de la Consejería de Medio Ambiente en su Informe técnico, considera que se trata de una oferta que ha de ser rechazada...”.*
- Se excluye a la UTE únicamente por *“una cuestión de índole laboral”*, sobre si la UTE tiene o no la posibilidad de recibir bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social. Se trata de cuestiones ajenas al proceso de contratación y *“no deja de resultar llamativo que en la propia Melilla, FCC ha estado ejerciendo durante 10 años el servicio objeto del contrato bajo el epígrafe bonificado, sin que haya existido modificación o cambio de circunstancias... Más aún, los trabajadores que a día de hoy están prestando el servicio objeto de licitación en Melilla lo hacen*

bajo la aplicación del convenio colectivo sectorial propio de las actividades del epígrafe 38 del CNAE09 (Convenio General del Sector de Saneamiento Público, Limpieza Viaria, Riegos, Recogida, Tratamiento y Eliminación de Residuos, Limpieza y Conservación de Alcantarillados) y no del convenio sectorial propio de las empresas del epígrafe 37 (Convenio colectivo estatal de las Industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales)... Es evidente que habiendo disfrutado en Melilla de la bonificación controvertida,... era imposible imaginar que sería objeto de duda. Situación que evidencia la imposibilidad de aportar justificación sobre el disfrute de la bonificación en el mismo informe de justificación de la oferta... Siendo destacable que rechazar la oferta por la duda de recibir bonificaciones, cuando la propia Administración es concedora de que se han venido disfrutando con carácter previo, resulta arbitrario y contrario a los principios de transparencia y buena fe que ha de presidir las licitaciones". Además, la Resolución recurrida omite el análisis de las restantes justificaciones de la oferta realizadas por la UTE, sin tan siquiera mencionarlas en ninguno de los informes emitidos.

Solicita que se anule la Orden impugnada y se retrotraigan las actuaciones "al momento en que el órgano de contratación ha de resolver sobre la adjudicación del contrato con base en la propuesta de la Mesa de Contratación de 14-3-2014".

Séptimo. El 4 de julio de 2014 se recibió en este Tribunal copia del expediente de contratación, junto al informe del Director General de Gestión Económica-administrativa. Considera éste que en el recurso "no hay ningún elemento que no se haya tenido en cuenta al emitir el correspondiente informe solicitado en su día por la Mesa y emitido, con carácter previo a la adjudicación, por parte de esta Dirección General".

Octavo. El 14 de julio de 2014, la Secretaría del Tribunal, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, habiendo evacuado este trámite la empresa adjudicataria VALORIZA AGUA, S.L.

Noveno. El 15 de julio de 2014 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se recurre la exclusión y la adjudicación consiguiente en un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal a tenor de lo establecido en el artículo 41.3 de dicha norma y de conformidad con lo dispuesto en el Convenio suscrito al efecto con la Ciudad de Melilla y publicado en el BOE el 9 de agosto de 2012.

Segundo. La UTE FCC-URBASER concurrió a la licitación y fue excluida, por lo que está legitimada para recurrir, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del citado texto legal.

Tercero. No es objeto de controversia que la oferta económica de la recurrente se encuentra en presunción de temeridad, tal como se indicó en el antecedente tercero, al resultar un 15% por debajo de la media de las ofertas económicas a tomar como referencia de acuerdo con el artículo 85.4 del RGLCAP.

Puesto que, en todo caso, la oferta de la recurrente supera el umbral definido en el RGLCAP (10% respecto a la media), la cuestión de fondo a dilucidar es si, a la vista de la justificación presentada por la UTE y de los informes emitidos, está fundada la conclusión de la Mesa de contratación, hecha suya por la Consejería de que la oferta *“no puede ser cumplida a satisfacción de la Ciudad como consecuencia de la inclusión de los valores anormales”*.

Cuarto. El artículo 152 del TRLCSP, en los apartados 3 y 4, en cuanto a las justificaciones exigibles y el procedimiento a seguir con las ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas, establece que:

“3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique

la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular, en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación,... En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente...

4. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, 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 económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas...”.

Como hemos señalado en diversas resoluciones, para conjugar el interés general en la contratación pública con la garantía de los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia que presiden su tramitación, la finalidad de la Ley es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas anormales o desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Por ello, el acuerdo del órgano de contratación de exclusión de esas ofertas requiere de una resolución “reforzada”, que rebata las justificaciones aducidas por el licitador.

En este caso, en cuanto al procedimiento seguido, se ha dado “audiencia al licitador... para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma...” y se ha solicitado “el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”, tal como dispone el artículo 152.3 del TRLCSP.

En cuanto a la notificación y motivación del acuerdo de exclusión el criterio reiterado en numerosas resoluciones de este Tribunal (como referencia, entre otras muchas, en la Resolución 033/2014, de 17 de enero), es que la exclusión ha de estar motivada de forma que permita al licitador interponer recurso en forma suficientemente fundada.

De acuerdo con el artículo 151.4 del TRLCSP:

“4... La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

En particular expresará los siguientes extremos: ...

b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta...”

Como pone de manifiesto el precepto transcrito, respecto de los licitadores excluidos – como es el caso de la recurrente-, se deben exponer, siquiera sea en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta. El acuerdo de exclusión, se limita a consignar como motivo de la misma que *“no se puede afirmar rotundamente que los trabajos a realizar estén bonificados por la Seguridad Social”*.

Con tan parco razonamiento, a la vista de la documentación que obra en el expediente, más bien se habría podido adoptar la decisión contraria y aceptar la justificación de la oferta porque, como dice el último informe del Director General de Gestión Económico-administrativa transcrito en el antecedente quinto, hay *una posibilidad real* de que los trabajos a realizar estén bonificados por la Seguridad Social.

En todo caso, aunque el acuerdo de exclusión no contenga una motivación suficiente, FCC ha tenido acceso a los informes en que se ha basado la Mesa y el órgano de contratación para excluirla, por lo que hemos de concluir que ha conocido los motivos en que se ha basado su exclusión y dispuesto de información suficiente para permitirle formular recurso suficientemente fundado. Por tanto, la cuestión de fondo a considerar es si la justificación de la UTE FCC-URBASER era o no suficiente.

Quinto. La justificación de la UTE, resumida en el antecedente cuarto, se centraba en: i) *“la disponibilidad de los servicios generales que aportan ambas empresas... hace que los costes de ejecución directa soportados por el contrato sean mínimos... repercutiendo solamente un 8% en concepto de gastos generales”*; ii) el análisis de costes de personal y maquinaria de nueva adquisición que ha permitido ajustar los costes de explotación y iii) el *“disponer de instalaciones en Melilla, (sin cargo para el contrato) y los medios materiales y mecánicos que aportamos... permitirán realizar otros trabajos similares para empresas y particulares que le permitirán incrementar los márgenes y rendimientos de la unidad de negocio”*.

Los primeros informes técnicos emitidos por el Jefe de Servicio de la Oficina Técnica de Recursos Hídricos y por el Director General de Gestión Económico-administrativa de Medio Ambiente, se limitan a considerar que en el cálculo de los costes de personal se han aplicado unas bonificaciones de las cuotas de Seguridad Social que no proceden y, como se resume en el antecedente quinto, se concluye que el coste mínimo de los servicios es muy superior a la oferta presentada.

Lo que se le requirió a la UTE recurrente fueron precisiones sobre su oferta en lo que se refiere, en particular, al procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación. Pero los informes indicados se limitan a cuestionar el cálculo de los costes de personal y la exclusión ha venido determinada, no tanto porque se dude de que la oferta pudiera ser cumplida, sino porque se desecha la posibilidad de que los servicios a prestar, puedan estar bonificados en las cuotas de Seguridad Social.

Con independencia de que tal convicción no está avalada por la propia Seguridad Social, se habría podido solicitar a la UTE aclaraciones adicionales sobre su justificación. Por lo demás, la conclusión de los primeros informes técnicos de que *“la oferta presentada no cubre los costes del servicio claramente”*, porque el coste mínimo, aun sin imputar gastos generales ni beneficios, sería de 2.655.880 €, está claramente falta de fundamento en tanto que tal coste mínimo es también superior a la oferta propuesta como adjudicataria. En fin, como ya hemos señalado antes, el último informe técnico del Director General de Gestión Económico-administrativa, concluye que *el personal pueda resultar bonificado* y que, por tanto, la oferta *no debería declararse incurso en baja temeraria*.

En la consideración de este Tribunal, como ya hemos señalado en numerosas resoluciones, la *“información justificativa”*, en los términos en que está pensada en la Ley, debe entenderse como la que argumente ante el órgano de contratación que, con la valoración de la oferta formulada, se puede cumplir la proposición, en este caso particular por el *procedimiento de ejecución y soluciones técnicas adoptadas* (ajuste preciso en los gastos de personal y maquinaria) y las *condiciones excepcionalmente favorables* (disponibilidad de instalaciones en Melilla y de los servicios generales de las empresas). Los citados informes técnicos no contradicen y ni siquiera entran a considerar las justificaciones de la recurrente.

Como hemos indicado, no se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo; obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta.

Las manifestaciones de los primeros informes técnicos en que se funda el acuerdo de exclusión, no contradicen las justificaciones de la recurrente. No hay una resolución “reforzada” que desmonte las justificaciones aducidas por la UTE. En el informe sobre el recurso presentado tampoco se dan más razones y se limita a confirmar el último informe técnico que concluía que la oferta “*no debería declararse incurso en baja temeraria*”.

Una vez examinadas las justificaciones de la recurrente y las manifestaciones del órgano de contratación, este Tribunal entiende que los argumentos expresados en el acuerdo de exclusión, no contradicen aquellas justificaciones ni evidencian que la proposición presentada por la UTE FCC-URBASER no pueda ser cumplida a satisfacción de la Administración. Por tanto, hay que concluir que no está fundamentada su exclusión del procedimiento de licitación. La anulación de la exclusión, debe extenderse al acuerdo de adjudicación subsiguiente.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. F.J.C.S., en representación de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., contra el acuerdo de exclusión de la oferta presentada, en compromiso de UTE, con URBASER, y contra la consiguiente adjudicación del contrato de servicios de “*Limpieza de redes de recogida de aguas residuales y pluviales de la Ciudad Autónoma de Melilla*», anular dicha Resolución y ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de valoración de las ofertas económicas, que debe incluir también la de la UTE FCC-URBASER.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Tercero. 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 sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo, con sede en Málaga, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.