

Reclamación nº 249/2023

Resolución nº 274/2023

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

En Madrid, a 13 de julio de 2023

VISTA la reclamación interpuesta por las representaciones legales de SERVEO SERVICIOS, S.A.U. y OCIDE CONSTRUCCIÓN, S.A. (en adelante, la UTE) que participan en compromiso de UTE contra el acuerdo del consejero delegado de 2 de junio de 2023, por el que se adjudica el lote 1 del contrato “Obras de mejora de redes de saneamiento gestionadas por el Canal de Isabel II, S.A., (4 lotes)”, Expediente 71/2020, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, con fecha 12 de agosto de 2022, se convocó la licitación y se publicaron los pliegos del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación, con división en lotes.

El valor estimado del contrato es de 217.847.472,96 euros y el plazo de duración de cinco años.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron dieciséis licitadores, entre ellos la reclamante.

Con fecha 8 de noviembre de 2023, se procedió a la apertura del sobre nº 3 y se calculó, de conformidad con las reglas establecidas en el apartado 8.1 del Anexo I del PCAP, si las ofertas presentadas incurrían en presunción inicial de anormalidad. Del citado cálculo resultó que la oferta presentada por la UTE FCC AQUALIA, S.A.- FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. (en adelante, UTE FCC) para el lote 1 se encontraba incurso en presunción de anormalidad.

Servicio Técnico procedió al estudio de la documentación aportada por la empresa licitadora y, en este sentido, emitió informe de fecha 23 de febrero de 2023 en el que se concluía lo siguiente que la oferta para el lote 1 debe ser tomada en consideración toda vez que ha justificado correctamente su viabilidad.

Asimismo, del informe de valoración de ofertas se desprende que la mejor oferta para el lote 1 es la presentada por la UTE FCC con 100 puntos. La mesa permanente de contratación, en su sesión de 3 de marzo de 2023 propone su adjudicación.

Con fecha 2 de junio de 2023, el consejero delegado de Canal de Isabel II acordó la adjudicación del lote 1.

Con fecha 2 de junio de 2023, se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el acuerdo de adjudicación. Asimismo, con fecha 5 de junio de 2023 procedió a notificar a todas las empresas licitadoras la adjudicación del Lote 1 del procedimiento de licitación.

Tercero.- El 20 de junio de 2023 tuvo entrada en este Tribunal reclamación contra el acuerdo de adjudicación del lote 1 del contrato de referencia a la UTE FCC.

Cuarto.- El 28 de junio 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). En dicho informe se solicita la inadmisión de la reclamación por haberse presentado fuera de plazo y, subsidiariamente, su desestimación.

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida para el lote 1 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 (en adelante RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Sexto.- La secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados 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, presentando escrito con fecha 5 de julio de 2023, de cuyo contenido se dará cuenta en el Fundamento de Derecho Sexto.

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). En consecuencia, la tramitación de la Reclamación le será de aplicación lo dispuesto en los artículos 119 y siguientes del mencionado

Real Decreto, por haberse iniciado la licitación con posterioridad a la entrada en vigor del mismo.

El artículo 121.1 del RDLCSE establece, en cuanto al régimen jurídico de la reclamación, que le serán de aplicación a las reclamaciones que se interpongan ante los órganos mencionados en el artículo anterior contra alguno de los actos a que se refiere el artículo 119, las disposiciones de la LCSP que regulan el recurso especial en materia de contratación, incluido el artículo 49 relativo a la adopción de medidas cautelares, con determinadas especialidades.

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

Segundo.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa licitadora clasificada en segundo lugar, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 48 de la LCSP, al que se remite el artículo 121 del RDLCSE.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes de la reclamación.

Tercero.- La reclamación se interpone contra la adjudicación de un contrato de obras cuyo valor estimado es superior a 5.350.000 euros, acto recurrible de los previstos en el artículo 119.1.b) del RDLCSE.

Cuarto.- El acuerdo de adjudicación fue notificado el 2 de junio de 2023 e interpuesta la reclamación el 20 del mismo mes, por tanto dentro plazo previsto en el artículo 121 del RDLCSE.

Quinto.- En la reclamación solicita en primer lugar el acceso al expediente.

Señala que en fecha 14 de marzo de 2023 solicitó vista del expediente y de la justificación de temeridad de la UTE FCC, en los cuatro lotes de la licitación. La Mesa de Contratación permitió el acceso al expediente, pero no así a la justificación de temeridad solicitada. Por tal motivo, presentó en fecha 22 de marzo de 2023, escrito solicitando de nuevo acceso a la justificación de temeridad de la UTE FCC.

Respecto de la justificación de temeridad solicitada, considera que sólo se permitía el acceso a aspectos formales y de nula trascendencia, lo que equivale, a su juicio, a una declaración de confidencialidad íntegra del informe de justificación.

Vistas las alegaciones de la reclamante, procede traer a colación el artículo 52 de la LCSP que establece “Acceso al expediente.

1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.

2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y

cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente”.

Fundamentalmente, el acceso al expediente tiene un carácter instrumental de la formalización del recurso, de lo que da cuenta la numerosa doctrina sobre la materia que se da por reproducida.

En este sentido, el citado artículo establece que la solicitud de acceso al expediente debe realizarse dentro del plazo de interposición del recurso especial.

En el caso que nos ocupa, la solicitud de acceso al expediente se realizó en fechas 14 y 22 de marzo de 2023. El informe de valoración de las ofertas fue de 22 de febrero de 2023 y el acuerdo de la mesa de contratación realizando la propuesta de adjudicación fue de 3 de marzo, acto no susceptible de recurso especial.

La adjudicación de lote 1 se produjo el 2 de junio y se notificó a las empresas el 5 del mismo mes, iniciándose el plazo para la presentación de la reclamación. A partir de esa fecha, no se ha realizado solicitud de acceso al expediente al órgano de contratación, tal como exige el artículo 52 de la LCSP citado anteriormente, por lo que no se dan los requisitos legales para la concesión de acceso al expediente. Las solicitudes realizadas anteriormente tuvieron lugar en una fase procedimental en la que no existía acto susceptible de recurso especial, por lo que no era de aplicación la normativa citada.

En cualquier caso, la justificación de la confidencialidad dada por la UTE FCC basándose en que la justificación de la temeridad es un documento global donde se entremezclan la información y el conocimiento más profundo de la empresa, ya que tiene que ver con los acuerdos firmados con proveedores, la descripción de ratios, frecuencias, y rendimientos y el detalle de las estructuras de costes e ingresos para cada tipo de obra que la empresa ha ido adquiriendo al cabo de los años y que constituye su verdadero *know how*, es a juicio de este Tribunal suficiente,

considerando que esta información representa un valor estratégico fundamental de la empresa, que se vería eliminado si se diese traslado a la competencia. En este sentido nuestra Resolución 1902/2022.

Todo ello, sin perjuicio de que la UTE reclamante ha realizado una fundamentación muy extensa de los motivos del recurso, lo que indiciariamente lleva a suponer que disponía de los datos suficientes para dicha fundamentación.

Por todo lo anterior, procede denegar el acceso al expediente solicitado.

Sexto.- En cuanto al fondo del asunto, la UTE lo fundamenta en la inviabilidad de la oferta de la UTE FCC.

A su juicio, la justificación de la oferta presentada por la UTE FCC, en ningún caso puede considerarse viable, ya que no cumple con los requisitos que el propio Canal de Isabel II ha exigido en la justificación de otros licitadores, considerando la no viabilidad de sus ofertas, principalmente por las dos siguientes argumentaciones:

Control de Calidad:

En el informe técnico del órgano de contratación sobre la baja se considera un 2% para calidad y ensayos. Esta indicación ya evidencia en el propio informe del Canal un error en la justificación de la UTE FCC, puesto que este debería ser del 2% más el importe relativo a los controles de calidad que se desprenden de la realización de los ensayos ofertados como mejoras en la propia oferta y que así indica el Canal de Isabel II en la página 15 del Informe Final de Valoración de Oferta del Lote nº 1.

El informe del Canal de Isabel II no aclara ese porcentaje del 2% sobre qué cifra se realiza. El PCAP del contrato indica de manera expresa en su Cláusula 33, que el 2% debe realizarse sobre el presupuesto de licitación de la obra. La no aplicación de dicho porcentaje sobre el presupuesto de licitación (no sobre el importe

de la oferta o del coste directo), evidencia un error adicional sobre el coste previsto, que igualmente invalidaría la validez de la justificación de temeridad presentada por la UTE FCC.

Añade, que el propio Canal de Isabel II en sus informes Informe Final de Valoración de Oferta Lote nº 3 e Informe nº 4, expresa de manera literal que el incumplimiento en cuanto al criterio de calidad no hace viable la justificación del valor anormal de la oferta haciendo inviable la misma (así lo indica para el licitador UTE LICUAS-COARSA). A este respecto, cita Resolución 144/2023, de 13 de abril de 2023 de este Tribunal.

En definitiva, considera que para el 2% de control de calidad no se hace referencia a qué presupuesto se está tomando como base. Si no es el de licitación se estará contraviniendo al PCAP según se ha indicado anteriormente. En ningún punto del informe expresa que se esté teniendo en cuenta los costes adicionales de control de calidad ofertados en las mejoras.

Valor incorrecto e irrealizable de beneficio industrial entre la oferta para el alcance máximo y mínimo.

Considera que el valor de los beneficios propuestos por la UTE FCC resulta incorrecto e irrealizable. De hecho, como haremos constar, el beneficio es negativo y por tanto, la justificación presentada no es en modo alguno aceptable. A su juicio, hay una diferencia de alrededor de diez puntos porcentuales entre el beneficio del alcance máximo y mínimo. Por tanto, si el beneficio del alcance máximo del contrato de 5,63% planteado por la UTE FCC fuese cierto, el beneficio del alcance mínimo del contrato es negativo y por tanto generador de pérdidas.

El informe de la mesa de contratación al respecto de la justificación de temeridad de la UTE FCC hace referencia a los siguientes conceptos de coste considerados en la misma:

- Costes directos material y mano de obra.
- Costes de seguridad y salud obtenido como un 3,5% del coste directo.
- Costes de Control de calidad obtenido como un 2%. Esto ya supone un error en sí mismo ya que no tiene en cuenta las mejoras ofertadas, pero para el objeto del análisis se obviaría. Este coste debe ser el 2% del presupuesto de licitación (según indica el PCAP de licitación), aunque en el informe no indica nada.
- Costes indirectos que resultan un 20,19% del coste directo.
- Costes de Seguros y avales que se considera un 0,42% de la oferta.
- Gastos Generales obtenido como un 6,81% del coste directo.

Con estos porcentajes el Informe de la Mesa indica que se obtiene un 5,63% de beneficio para el alcance máximo y un 0,91% para el alcance mínimo. Estas cifras resultan completamente erróneas e irrealizables y por tanto hacen que la justificación de la oferta temeraria de la UTE FCC no sea admisible.

De los costes que menciona el informe de la Mesa, hay 3 conceptos que son independientes del alcance máximo o mínimo, es decir siempre tienen el mismo importe con la repercusión que ello supone en el alcance mínimo y, por tanto, hacen erróneos los beneficios industriales indicado en el Informe de la Mesa. Estos conceptos son: Costes de Control de Calidad, Costes de seguros y avales y Costes indirectos.

El PPT define un personal mínimo para desarrollar el contrato. Entiende que, tanto para el alcance máximo como para el alcance mínimo del contrato, se adopta el personal mínimo exigido en los PCAP. Parece coherente pensar que para el alcance mínimo se adopte el personal mínimo exigido y que para el alcance máximo, ese

personal debería ser superior. De hecho, el PCAP indica “...*el adjudicatario siempre dispondrá del personal y medios suficientes para alcanzar la planificación prevista...*”, pero aun posicionándose en el lado más conservador del análisis, se puede demostrar la incorrección de la justificación de la temeridad. Realiza a continuación un análisis de costes de personal.

A continuación, pasa a realizar un análisis de la temeridad de la oferta presentada por la UTE FCC.

Respecto a la justificación de la temeridad de la UTE FCC no debería ser estimada en su alcance máximo puesto que:

- Para poder obtener el beneficio indicado de 5,68% la UTE FCC ha considerado que es capaz de contratar la maquinaria, materiales y mano de obra directa casi a la mitad de precio que tiene previsto el Canal de Isabel II en su cuadro de precios.

- No considera el coste de las mejoras de calidad, vehículos implementados, incremento de avales ni mejora en la valorización de residuos.

- No considera el coste del incremento de precios del segundo año de contrato que no tienen compensación por la revisión de precios.

Respecto al alcance mínimo del contrato, el principal análisis que se extrae de la simulación de coste de la UTE FCC para este alcance es que incluso considerando una baja del 44,44% en el coste directo con respecto al PEM, se obtiene un alza en el contrato de -5,90% y una pérdida en la totalidad del contrato de -2.304.950,66 €. El beneficio indicado por la UTE para el alcance mínimo de contrato del 0,91% queda perfectamente demostrado que es completamente erróneo. Este hecho, por sí mismo, ya no requiere ningún tipo de análisis adicional y genera automáticamente la desestimación de la justificación de la oferta temeraria de la UTE FCC.

Por su parte, el órgano de contratación realiza las siguientes alegaciones respecto a cada uno de los puntos esgrimidos por la reclamante:

Control de calidad

La cláusula 33 del PCAP se indica que *“el valor mínimo del Control de Calidad será del 2% sobre el presupuesto de licitación de la obra”*. Con relación a esta cláusula, hay que valorar cuál es la finalidad de este control de calidad solicitado durante el período de ejecución de las obras. Con la cláusula 33 del pliego lo que se pretende es garantizar que el adjudicatario esté obligado por contrato a realizar los ensayos que considere necesarios la Dirección de Obra por encima del cumplimiento estricto de los ensayos mínimos del Plan de Calidad cuando no alcanza el 2% del presupuesto de licitación. El adjudicatario deberá realizar estos ensayos más el número de ensayos máximo indicados en su oferta como mejora independientemente de si se supera o no el 2% del presupuesto de licitación de la obra. Si el licitador propone ensayos adicionales a los previstos en los pliegos, deberá ejecutar en el desarrollo de las obras ambos conceptos independientemente de si se supera o no el 2% previsto. Si se supera el 2%, los deberá ejecutar igualmente a su costa y si no se alcanza el 2% previsto, que es lo habitual en las obras de Canal de Isabel II, tendrá que considerar que la Dirección de Obra podrá solicitar nuevos ensayos de control de calidad hasta alcanzar dicho porcentaje.

En cualquier caso, aclara que este 2% no se trata de una partida a justificar ni de una partida de abono íntegro que se refleje en los proyectos constructivos y por lo tanto en las certificaciones de obra. Se trata de una provisión de fondos que el contratista debe reservar para ejecutar el Control de Calidad necesario que estime la Dirección de Obra.

Añade: “Con base en esta práctica, a la hora de acreditar el cumplimiento de la cláusula 33 del pliego, la adjudicataria en el momento de justificar la viabilidad de su oferta podría optar por:

- *Considerar para el control de calidad el 2% del importe de licitación del lote:*

En este caso se realiza la justificación para una futura cantidad certificable de 58.168.991,33 € (igual a la licitación). En este caso la cantidad aplicada al control de calidad es del 2% sobre la cifra anteriormente citada, lo que arroja un importe de 1.163.379,83 €.

En este caso para justificar el importe de los ensayos realizados en el control de calidad se aplicaría a las unidades de ensayos realizados el precio de mercado de cada unidad (sin afectar por la baja de adjudicación).

$$\text{Control Calidad} = N (\text{N}^\circ \text{ ensayos}) \times P (\text{precio ensayos}) = 1.163.379,83 \text{ €}$$

- *Considerar para el control de calidad el 2% del importe de la oferta: Se realiza la justificación para una oferta presentada por la empresa adjudicataria de 39.081.418,52 (el resultante de aplicar la baja de 32,8140% al presupuesto de licitación). En este caso la cantidad aplicada al control de calidad es del 2% sobre 39.081.418,52€, lo que arroja un importe de 781.628,37€.*

En este caso para justificar el importe de los ensayos realizados en el control de calidad se aplicaría, a las unidades de ensayos realizadas a petición de la Dirección de la Obra, el precio de mercado de cada unidad afectado por la baja de adjudicación ofertada por la adjudicataria. Es decir, al precio de mercado de cada unidad se le aplicaría el % de baja ofertado, en este caso, el 32,8140%.

$$\begin{aligned} \text{Control Calidad} &= N (\text{N}^\circ \text{ ensayos}) \times P (\text{precio ensayos}) \times \text{Baja adjudicación} = \\ &781.628,37\text{€} \quad \text{Control Calidad} = N (\text{N}^\circ \text{ ensayos}) \times P (\text{precio ensayos}) \times (1 - 0,32814) = \\ &781.628,37\text{€} \end{aligned}$$

$$\text{Control Calidad} = N (\text{N}^\circ \text{ ensayos}) \times P (\text{precio ensayos}) = 781.628,37\text{€} / (1 - 0,32814)$$

$$\text{Control Calidad} = N (\text{N}^\circ \text{ ensayos}) \times P (\text{precio ensayos}) = 1.163.379,83 \text{ €}''.$$

En base a lo anterior concluye señalando que en uno y otro supuesto no variaría el número de ensayos a realizar, que es el objetivo fundamental de la cláusula 33 del pliego, porque en el primer caso el importe de los ensayos realizado en el control de calidad sería al precio de mercado referenciado para cada unidad, y en el segundo supuesto, si el 2% se aplica al importe de la oferta, el importe de los ensayos

realizados en el control de calidad por el adjudicatario sería al precio de mercado referenciado para cada unidad reducido por el % de la baja ofertada, en este caso, el 32,8140%.

Por su parte, el adjudicatario, a este respecto, alega que *“Las recurrentes equiparán que el Informe elaborado por el Jefe de Área de Construcción y Saneamiento diga que la oferta formulada por parte de Aqualia-FCC “Control de Calidad: Considera 2% para calidad y ensayos” con que la Oferta de Aqualia-FCC no cumpla con lo previsto en la cláusula 33 del PCAP, con el único argumento de que el informe no consigna “Control de Calidad: Considera 2% del presupuesto de licitación para calidad y ensayos”, pero no acredita tal extremos, por la simple razón de que sabe que la oferta formulada por Aqualia-FCC sí que cumple ese requisito, que es relevante. En definitiva, nuevamente se afirma una cosa que no se acredita y que desde luego no es apta para acreditar error o arbitrariedad en lo actuado por Canal al tener por justificada la Oferta de Aqualia-FCC”.*

En definitiva, las recurrentes afirman que la oferta formulada por Aqualia-FCC no se ajustó a lo previsto por los pliegos, contradiciendo lo afirmado por el Informe Final de Valoración de las ofertas del Lote 1 del Jefe de Área de Construcción y Saneamiento, de 22/02/2023, sin probar que tal afirmación se deba a ningún error para luego concluir que Canal debió de tener por no justificada la temeridad de su oferta y por tanto no haber adjudicado el Contrato a ésta. Pues bien, la destrucción de la presunción de veracidad de lo consignado en el Informe y del ajuste de las ofertas a los Pliegos exige algo más que meras sospechas o afirmaciones no acreditadas y desde luego no ponen de manifiesto ningún error o actuación arbitraria de Canal, que permita anular la decisión tomada por el mismo sobre la base de la discrecionalidad técnica que le asiste.

Demostración del valor incorrecto e irrealizable de beneficio industrial entre la oferta para el alcance máximo y mínimo.

El órgano de contratación alega que en este apartado la reclamante afirma que el valor de los beneficios propuestos por la adjudicataria resulta incorrecto e irrealizable. De hecho, considera que el beneficio es negativo y, por tanto, la justificación presentada no es en modo alguno aceptable. Realiza una hipótesis a partir de la cual intenta demostrar que hay una diferencia de alrededor de diez puntos porcentuales entre el beneficio del alcance máximo y mínimo. En este sentido afirma que, si el beneficio del alcance máximo del contrato de 5,63% planteado por la adjudicataria fuese cierto, el beneficio del alcance mínimo del contrato es negativo y, por tanto, generador de pérdidas.

Al tratarse de una hipótesis que no se sustenta en dato ciertos ya que la reclamante no ha tenido acceso al informe de justificación de viabilidad de la oferta al tratarse de un documento declarado confidencial.

Por su parte, el adjudicatario manifiesta que la recurrente para llegar a tal conclusión parte de varios errores y cálculos hipotéticos y subjetivos, extremadamente complejos y alejados de la realidad y de lo que podría considerarse apto para apreciar la existencia de error manifiesto o arbitrariedad en la consideración de la Oferta formulada por Aqualia-FCC como válida y en su adjudicación. Son esos errores y cálculos hipotéticos los que, pese a dar una apariencia de veracidad o de cierto método científico y no la realidad de lo actuado lo que permite a la recurrente concluir que el beneficio para el caso del alcance mínimos sería negativo.

Cuando se pretende tener por acreditado que el presupuesto máximo y mínimo (considerados por parte de Aqualia-FCC en su oferta y considerados por Canal como correctos) no son posibles, sobre la base de que todos los meses se producen los mismos coste y los mismos gastos, se parte de una realidad paralela y distinta a la que se va a producir e implica que las conclusiones extraídas sobre la base de tal hipótesis, sean válidas para esa realidad, pero no para la que se corresponde con el contrato.

Las recurrentes para intentar justificar que el beneficio en el alcance mínimo es inferior al establecido en la oferta de Aqualia-FCC estiman que los costes en la hipótesis de alcance mínimo son el 50% de los de alcance máximo. Esto es una hipótesis de cálculo errónea ya que depende del tipo de obra y del momento en que se realice.

Finalmente, considera que resulta curioso que las recurrentes pongan de manifiesto que ellas ejecutan un contrato similar al que se refiere por parte de Aqualia-FCC para justificar ciertos costes de su oferta, pero no refieren que esos costes, cuya validez se cuestiona, en su caso se ofertaron con una baja mayor que los de Aqualia-FCC.

Análisis detallado de la temeridad de la oferta presentada por la UTE AQUALIA-FCC.

El órgano de contratación manifiesta que justificación de la oferta se consideró suficiente por el área de Construcción de Redes de Saneamiento en su informe de 9 de marzo. En cualquier caso, se ha llevado a cabo un análisis detallado del contenido de la reclamación presentada y con base en el informe de justificación de viabilidad de la oferta de la adjudicataria, que como ya hemos resaltado, tiene el carácter de confidencial, se efectúan los siguientes comentarios a las hipótesis presentadas por la reclamante:

- Simulación del presupuesto del alcance máximo del contrato.

La U.T.E. adjudicataria para estimar el presupuesto del contrato considera diferentes tipologías de obra en zanja en función del diámetro y de la profundidad, así como diferentes tipologías de rehabilitación mediante tecnología sin zanja con manga de diferentes longitudes y diámetros. Las tipologías de obras justificadas por la U.T.E FCC son coincidentes con las establecidas en las fichas que definen las actuaciones teóricas a realizar incluidas en los pliegos de licitación y por lo tanto deben ser

admitidas. Una parte importante de los costes asociados a las distintas tecnologías están afectadas, en gran medida, por los conocimientos y experiencia de la empresa constructora que las ejecute.

- Costes Directos: La U.T.E FCC presenta descomposición de todos los precios del presupuesto y ofertas de los proveedores, que acompaña con contratos actuales, facturas y ofertas en las que se ha basado la oferta presentada. Está ejecutando actualmente para Canal de Isabel II actuaciones similares, tanto en alcances como en tipología, a las consideradas en este procedimiento. Por dicho motivo, se considera que las ofertas presentadas son reales y de mercado.

- Coste de personal (propio y ajeno): Personal propio: Se ha tenido en cuenta el coste del personal reflejado en el actual convenio colectivo del sector de Construcción y Obras Públicas, con un 40% de cargas sociales sobre el coste del convenio.

Personal ajeno: Similares a los que se tienen actualmente en la ejecución de las obras de los lotes 3 y 7 del contrato 346/2017 “EXPLOTACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LAS REDES DE SANEAMIENTO PERIFÉRICO GESTIONADAS POR CANAL DE ISABEL II, S.A.”, en el que se están ejecutando obras del Plan Sanea, y en la ejecución de las obras del lote D del contrato 71/2017 “SERVICIOS DE EXPLOTACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LAS REDES DE SANEAMIENTO E INSTALACIONES COMPLEMENTARIAS DE LAS CUENCAS DE BUTARQUE, VI-VEROS, CHINA I, CHINA II, VALDEBEBAS, REJAS, GAVIA, SURORIENTAL Y INFORME SOBRE LA RECLAMACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INTERPUESTA POR LA U.T.E. SERVEO-OCIDE CONTRA EL ACUERDO DE ADJUDICACIÓN DEL LOTE 1 DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN Nº 71/2020 SUR, DE LOS TÉRMINOS MUNICIPALES DE MADRID GESTIONADAS POR CANAL DE ISABEL II, S.A.

Se comprueba que los costes de personal indicados cumplen el actual convenio colectivo del sector de Construcción y Obras Públicas y los requisitos de personal de los contratos 346/2017 y 71/2017 de los que son adjudicatarios.

- Coste de Materiales, Maquinaria y vehículos: La U.T.E FCC justifica sus costes mediante la presentación de ofertas de proveedores. Las ofertas presentadas se corresponden con proveedores y subcontratistas que colaboran en los contratos 346/2017 y 71/2017, similares al de este procedimiento de licitación y con otros contratos de obras que actualmente tienen con Canal de Isabel II en la Comunidad de Madrid.

- Rendimientos: Los rendimientos reflejados para cada una de las actividades están basados en los rendimientos obtenidos por AQUALIA en la ejecución de las obras de los lotes 3 y 7 del contrato 346/2017. A destacar que el ámbito de las actuaciones previstas en el Lote 1 del presente procedimiento de licitación, está completamente incluido en el ámbito de actuación de los actuales lotes que gestiona FCC AQUALIA en Saneamiento Periférico (contratos 71/2017 y 346/2017) y que, además, la tipología de las obras que realiza en los contratos mencionados es idéntica a la definida en el presente procedimiento de licitación. Por todo ello, la U.T.E FCC AQUALIA, S.A. – FCC CONSTRUCCIÓN S.A. presenta rendimientos actuales reales, no estimados de otras obras de distinta tipología o de distinto ámbito.

- Costes en seguridad y salud: La U.T.E FCC ha repercutido un coste de seguridad y salud del 3.50% sobre los costes directos de la ejecución de las obras. Si bien la U.T.E indica que en los contratos actuales que ejecuta para Canal de Isabel II el coste en seguridad y salud es de un 1,5%, ha incorporado ese margen del 2% para posibles imprevistos.

- Costes por la subida de precios debida a la duración del contrato: La U.T.E FCC ha considerado que los costes por la subida de precios se compensarán con la

fórmula de revisión de precios del contrato. Considera además un 0,29% del importe de la oferta de carga financiera.

- Control de Calidad: En adición a lo explicado anteriormente con relación a este punto, Canal de Isabel II nunca solicita a los licitadores con ofertas anormalmente bajas que justifiquen que el 2% previsto en su oferta sea suficiente para realizar el control de calidad exigido y propuesto en su oferta porque la práctica habitual es que el 2% sea bastante superior al mínimo de ensayos exigido, permitiendo a los Directores de Obra solicitar controles de calidad específicos adicionales.

De igual modo, aunque Canal de Isabel II es conocedor de que el 2% previsto para el Control de Calidad es superior al coste real de los ensayos mínimos exigidos en el PCAP y a los ofertados por el licitador, Canal de Isabel II exige que se mantenga la previsión del 2% hasta el final del contrato de forma que la dirección de obra pueda solicitar ensayos adicionales ante las dudas que puedan surgir sobre la calidad de la ejecución o incluso a requerimiento de los técnicos de los servicios municipales.

En cualquier caso, a efectos de estimar los costes reales que puede suponer la ejecución del contrato, si la U.T.E FCC hubiera considerado en la justificación de su oferta el 2% del importe de licitación en lugar del 2% de importe de adjudicación que incluye finalmente, sus costes se incrementarían en un 0,98%, al no aplicarse la baja ofertada al importe a precio de mercado por unidad de ensayo. Este porcentaje resulta de la diferencia entre el 2% del importe de licitación frente al 2% del importe de adjudicación. Bajo estas circunstancias, el resultado final habría sido de un beneficio del 4,65% frente al 5,63% que refleja la adjudicataria en su informe de justificación de la oferta anormalmente baja, para el alcance máximo y de -0,07% frente al 0,91% que estima para el alcance mínimo del contrato.

- Costes Indirectos: Considera los salarios del personal asignado al contrato, vehículos y medios auxiliares, instalaciones generales y varios, resultando un 20,19% del coste directo.

- Gastos Seguros, Avales: Considera un 0,42 % del importe de la oferta.
- Gastos Generales: Considera un 6,81% del coste directo.
- Viabilidad de la oferta para el alcance máximo: Resulta un Beneficio Industrial del 5,63%.
- Viabilidad de la oferta para el alcance mínimo: Resulta un Beneficio Industrial del 0,91%.

Por su parte, la adjudicataria apela a la doctrina de este Tribunal considerando que la reclamante pretende sustituir los razonamientos efectuados por parte de Canal de Isabel II, en uso de la discrecionalidad técnica que le asiste, por los suyos propios, sin acreditar error o arbitrariedad alguna, citando nuestra Resolución 86/2023, de 23 de febrero.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si la justificación de la baja incurso en presunción de anormalidad ha quedado justificada por el adjudicatario y suficientemente motivada por el órgano de contratación.

El artículo 149 LCSP, regula las ofertas anormalmente bajas, refiriéndose a la posible justificación presentada por el licitador y a su valoración por la mesa de contratación, en el siguiente sentido:

“4. Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que

estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.

(...)

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.

Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.

(...)

6. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, en el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150. En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica”.

La doctrina consolidada respecto a la justificación de las oferta anormalmente bajas se puede resumir apelando a la Resolución de TACRC 530/2021, de 20 de mayo que dice: *“Sobre este precepto, es constante la doctrina de este Tribunal (por todas, recogida en la Resolución nº 473/2020 que reproduce a su vez los argumentos de la Resolución nº 747/2019 y de otras anteriores,) que hace referencia a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación a la hora de valorar la justificación aportada por el recurrente relativa a la justificación de su oferta:*

“La decisión, sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados, corresponde al Órgano de Contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante. Como hemos reiterado en numerosas resoluciones, la finalidad de la Legislación de Contratos es que se siga un procedimiento contradictorio, para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, sin comprobar, antes, su viabilidad. 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. En caso de exclusión de una oferta incursa en presunción de temeridad, es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión. Por el contrario, en caso de conformidad, no se exige que el cuerdo de adjudicación explicita los motivos de aceptación.

Como también señala la Directiva sobre Contratación Pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3, ‘El poder adjudicador evaluará la información proporcionada, consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta, en caso de que los documentos aportados no expliquen, satisfactoriamente, el bajo nivel de los precios o costes propuestos...’ (...) De otra parte, en la Resolución 786/2014, de 24 de octubre, citando la Resolución 677/2014, de 17 de septiembre, señalamos que ‘la revisión de la apreciación del órgano de contratación, acerca de la justificación de las ofertas incursas en presunción de temeridad, incide directamente en la discrecionalidad técnica de la Administración y, a tal respecto, es criterio de este Tribunal (Resoluciones 105/2011 y las 104 y 138/2013) que la apreciación hecha por

la entidad contratante del contenido de tales justificaciones, en relación con el de las propias ofertas, debe considerarse que responde a una valoración de elementos técnicos que, en buena medida, pueden ser apreciados, en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado. Aun así, hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente, por venir determinados por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser revisados por el Tribunal. Tal es el caso de que, en una oferta determinada, puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución del contrato en tales condiciones'. Continúa la Resolución 786/2014 declarando que para desvirtuar la valoración realizada por el Órgano de Contratación en esta materia, será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del Órgano de Contratación, teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador, cuya oferta se ha considerado, inicialmente, como anormal o desproporcionada, resulta infundado o a apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable...".

De todas estas resoluciones debemos extraer que cuando el órgano de contratación viene a admitir la oferta incurso en presunción de baja temeraria y no a excluirla, la prolija motivación para mantener la oferta que reclama el recurrente del órgano de contratación no es exigible. Y la aceptación de la oferta resulta ajustada a derecho, ya que una vez determinada la oferta incurso en presunción de anormalidad, se dio traslado para la justificación a la misma, habiendo efectuado dicha justificación en términos asumidos por el órgano de contratación.

En este contexto, la justificación del licitador incurso en presunción de anormalidad debe concretar, con el debido detalle, los términos económicos y técnicos de la misma, en aras a demostrar de modo satisfactorio que, pese al ahorro que entraña su oferta, ésta no pone en peligro la futura ejecución del contrato con arreglo a la oferta aceptada y en los propios términos de la misma. Ello exige demostrar que, gracias a las especiales soluciones técnicas, a las condiciones especialmente favorables de que disponga para ejecutar las prestaciones del contrato, a la originalidad de la forma de ejecución de las mismas que se proponga aplicar, o a la posible obtención de ayudas, el licitador está en condiciones de asumir, al precio

ofertado, las obligaciones contractuales exigidas y derivadas de su oferta, con pleno respeto de las disposiciones relativas a la protección del medio ambiente y de las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que deba realizarse la prestación, todo lo cual en aras a demostrar que su oferta, pese a ser sensiblemente más baja que la de los demás licitadores, permite la futura viabilidad técnica y económica del contrato”.

En el caso que nos ocupa, la mesa de contratación requirió al adjudicatario, en aplicación del art. 149.4 LCSP, para que presentara informe con justificación y desglose razonado y detallado de los precios ofertados. Dicha justificación fue presentada por la empresa requerida, en tiempo y en forma y considerada suficiente por el departamento técnico asesor de la mesa de contratación.

Como sostiene la Resolución del TACRC 1589/2022, de 22 de diciembre “De acuerdo con la doctrina expuesta, el control de este Tribunal ha de centrarse en estos supuestos, en determinar si el informe técnico fundamenta de forma suficiente y adecuada el carácter satisfactorio de las explicaciones dadas por la empresa licitadora incurso en baja anormal y, por ello, la admisión de su oferta o si, por el contrario, los argumentos empleados por la recurrente para descalificarlas gozan de peso suficiente para destruir las presunciones de legalidad y de discrecionalidad de la actuación administrativa impugnada”.

En el mismo sentido la Resolución del TACRC 1561/2022, de 15 de diciembre *“Para desvirtuar la valoración realizada por el órgano de contratación en esta materia, será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del órgano de contratación, teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador, cuya oferta se ha considerado –inicialmente– como anormal o desproporcionada, resulta infundado o a apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable.*

Por lo tanto, es competencia de este Tribunal analizar si la justificación del licitador, cuya oferta es considerada anormal o desproporcionada, resulta suficiente o

no, y ello exige una resolución más intensa en caso de que no vayan a acogerse las justificaciones del licitador.

No ocurre así cuando el informe sobre la justificación de la oferta la estima suficiente, pues, para entender desvirtuada la presunción iuris tantum de temeridad a juicio del órgano de contratación, no es preciso la motivación del informe y de la resolución que así lo concluya tenga ese carácter más intenso”.

En el caso que nos ocupa, la recurrente fundamenta la inviabilidad de la oferta por tres razones fundamentales: falta de justificación del 2% del control de calidad, valor incorrecto e irrealizable de beneficio industrial entre la oferta para el alcance máximo y mínimo y análisis de la temeridad de la oferta presentada.

Pues bien, analizado el expediente y las alegaciones de las partes ninguno de estos extremos ha quedado acreditado por la reclamante para considerar la inviabilidad de la oferta.

Mención especial requiere la referencia al beneficio industrial irrealizable. En relación a la onerosidad de los contratos, este Tribunal se ha pronunciado en diversas ocasiones en consonancia con la doctrina del TJUE. De acuerdo con la doctrina de este Tribunal, la onerosidad no desaparece, aunque la contraprestación que recibe el contratista no solo no suponga la inexistencia de beneficio, sino que ni tan siquiera alcance a cubrir todos los costes que le haya ocasionado la ejecución del contrato. Entre las motivaciones del empresario para emprender un determinado negocio no sólo se contemplan las específicas de ese negocio concreto, sino que es razonable admitir que, para establecer el resultado de cada contrato, se haga una evaluación conjunta con los restantes negocios celebrados por la empresa y que, analizado desde esta perspectiva, pueda apreciarse que produce un resultado favorable. Lo que interesa determinar es si el licitador que resultó adjudicatario se encuentra en condiciones de cumplir el contrato en los términos de la proposición presentada.

En cualquier caso, en el presente supuesto la viabilidad de la oferta para el alcance máximo resulta un beneficio industrial del 5,63% y para el alcance mínimo resulta un beneficio industrial del 0,91%, según los cálculos de la UTE FCC admitidos por el órgano de contratación, si bien difieren de los calculados de la recurrente, sin que el error quede acreditado por ésta.

Como se ha señalado en la doctrina expuesta es competencia de este Tribunal analizar si la justificación del licitador, cuya oferta es considerada anormal o desproporcionada, resulta suficiente o no, y ello exige una resolución más intensa en caso de que no vayan a acogerse las justificaciones del licitador. No ocurre, en el caso que nos ocupa en el que informe sobre la justificación de la oferta la estima suficiente, pues, para entender desvirtuada la presunción *iuris tantum* de temeridad a juicio del órgano de contratación, no es preciso que la motivación del informe y de la resolución que así lo concluya tenga ese carácter más intenso.

El informe de justificación de la baja es exhaustivo detallando los aspectos donde se producen los ahorros en su oferta: Simulación del presupuesto, costes directos, costes de personal (propios y ajenos), costes de materiales, maquinaria y vehículos, rendimientos, costes de seguridad y salud, costes de subida de precios, control de calidad, costes indirectos, gastos de seguros, gastos generales y beneficio industrial.

Así mismo, el informe del órgano de contratación analiza los ahorros propuesto de manera completa llegando a la conclusión de la viabilidad de la oferta.

La reclamante no ha ofrecido argumentos suficientes que permitan considerar que el juicio del órgano de contratación, teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador, resulta infundado o a apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable.

Por tanto, procede la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Denegar el acceso al expediente solicitado por la reclamante.

Segundo.- Desestimar la reclamación interpuesta por la representación legal de SERVEO SERVICIOS, S.A.U. y OCIDE CONSTRUCCIÓN, S.A. que participan en compromiso de UTE, contra el acuerdo del consejero delegado de 2 de junio de 2023, por el que se adjudica el lote 1 del contrato “Obras de mejora de redes de saneamiento gestionadas por el Canal de Isabel II, S.A., (4 lotes)”.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Cuarto.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP para el lote 1.

Quinto.- 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.