

**Recurso nº 129/2018**

**Resolución nº 119/2018**

## **RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 4 de decembro de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. A.H.M. actuando en nome e representación de GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA S.A. contra a decisión de exclusión da súa oferta do procedemento de licitación do contrato de xestión do servizo público por procedemento aberto con varios criterios de adjudicación baixo a modalidade de concesión que ten por obxecto o abastecemento de auga potable e saneamento do Concello de Soutomaior, expediente SP1/2018, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

### **ANTECEDENTES DE FEITO**

**Primeiro.-** Polo Concello de Soutomaior convocouse a licitación do contrato baixo a modalidade de concesión que ten por obxecto o abastecemento de auga potable e saneamento, cun valor estimado declarado de 10.677.311,82 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no BOP do 07.03.2018; no BOE e no DOGA do 08.03.2018; e no DOUE do 09.03.2018, rectificado o 14.03.2018.

**Segundo.-** Segundo o expediente da licitación, a mesma estivo sometida ao texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de novembro (TRLCSP, en adelante).

**Terceiro.-** O recorrente impugna a decisión da mesa de contratación de exclusión da súa oferta do procedemento pola *“falta de concordancia entre a documentación presentada no sobre B “oferta técnica” e o estudo económico presentado no sobre C “oferta económica”*.

**Cuarto.-** O día 16.11.2018 GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA S.A. (GESTAGUA en adelante) interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia e na web do TACGal.

**Quinto.-** Con data 16.11.2018 reclamouse ao Concello de Soutomaior o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adelante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 26.11.2018.

**Sexto.-** Trasládouse o recurso aos interesados o mesmo día 26.11.2018, recibíndose as alegacións da empresa ESPINA&DELFIN.

## FUNDAMENTOS DE DEREITO

**Primeiro.-** Ao abeiro do artigo 35 bis. 5 da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

**Segundo.-** En virtude do disposto na Disposición Transitoria Primeira.4 LCSP o presente recurso tramitouse conforme os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

**Terceiro.-** O recorrente foi excluído pola decisión impugnada neste recurso, polo que a súa lexitimación é indubidable.

**Cuarto.-** Se ben a decisión de exclusión non foi notificada ao recorrente, a acta da sesión da mesa que adoptou o acordo foi publicada na Plataforma o 25.10.2018, polo que en todo caso o recurso foi interposto no prazo legal.

**Quinto.-** Sendo o acto impugnado unha decisión de exclusión adoptada nun procedemento de licitación dunha concesión de servizos por importe superior a 3.000.000 de euros, o recurso é admisible.

**Sexto.-** O recorrente alega que non procedía a exclusión, pois nega que exista incoherencia entre as distintas partes da súa oferta. Ademais, sinala que no seu caso procedería que, con carácter previo á exclusión, se lle concedese un trámite de aclaracións no que se lle permitise argumentar ao respecto.

**Sétimo.-** O órgano de contratación no seu informe rexeita os argumentos do recurso, reitera que a incongruencia entre o número de persoal ofrecido nos sobres B e C é clara e, polo tanto, sinala que tampouco existía posibilidade dun trámite de aclaracións, que entende excepcional, pois se vulneraría a igualdade entre os licitadores.

**Oitavo.-** ESPINA&DELFÍN apoia a actuación do órgano de contratación, pois entende que a oferta da recorrente vulnera os principios de onerosidade da contratación e libre competencia, polo que solicita a desestimación do recurso.

**Noveno.-** Como sinalamos, o motivo da exclusión da oferta do recorrente foi a falta de concordancia entre a súa oferta técnica e económica con respecto ao persoal ofertado.

O PCAP recolle na súa cláusula 10 que, no referente aos criterios suxeitos a un xuízo de valor, se puntúan entre outros aspectos os *“medios persoais adscritos ao servizo”*, cun máximo de 14 puntos, no que se incluían como subcriterios concretos o *“persoal total adscrito ao contrato”* cunha puntuación de 9 puntos e a *“estrutura e organigrama do persoal”* cun máximo de 2. Nese sentido, os licitadores estaban obrigados a presentar no seu sobre B un *“proxecto de organización dos servizos proposto”*, no que debería constar a *“estrutura e organigrama do persoal”* e o *“persoal total adscrito ao contrato”*.

Por outro lado, no seu sobre C os licitadores deberían presentar un “*estudio económico-financieiro da concesión*” como xustificación da súa proposición e segundo a estrutura de custos que figura no PCAP.

Na súa oferta técnica o recorrente inclúe 15 persoas con dedicación e a xornada completa/parcial. Exactamente indica:

*“para la prestación de los servicios objeto de la concesión, se ha considerado necesario vincular directamente al servicio una plantilla de **15 personas con dedicación y a jornada completa/parcial**, cumpliendo con el personal a subrogar fijado por los pliegos de contratación y dotando de forma parcial a nuevo personal para conseguir una óptima gestión y explotación de los sistemas y mejorar las prestaciones anteriormente disponibles”* (negrilla no orixinal).

Como cómputo do “*personal total adscrito ao contrato*” diferencia na súa oferta varios tipos distintos de persoal coa seguinte cuantificación:

- Persoal adscrito ao servizo: 15 persoas en total, que supoñen 4,7 persoas equivalentes (a xornada completa).
- Persoal adscrito ao servizo para substitucións por permiso e baixas: 5 persoas en total, que supoñen 0,75 persoas equivalentes.
- Persoal de apoio directo na Delegación Gestagua-Galicia: 96 persoas en total, 4,80 persoas equivalentes.
- Persoal para a realización de obras financiadas polos usuarios: 7 persoas en total, que supoñen 0,35 persoas equivalentes.
- Persoal de apoio na sede central: 44 persoas en total, que supoñen 2,20 persoas equivalentes.

Igualmente, consta acreditado no expediente, e non se discute polo recorrente, que no estudo económico presentado imputa nos gastos de persoal unicamente o custo de 4 traballadores, dous a xornada completa e dous a media xornada, ademais dun custo por “*guardias y suplencias*”. Nese mesmo estudo económico aparecen reflectidos outros 8 traballadores coa referencia “*no imputa coste*”.

Sobre este aspecto e como motivación determinante da súa exclusión, o informe valorativo das ofertas económicas sinala:

*“Esta anomalía en el estudio económico es de gran relevancia pues según lo indicado en el sobre B, adscribe al servicio al menos 15 personas (aunque en el cuadro señala 16) entre las que tendrían dedicación a tiempo completo o parcial, y en cambio, en el estudio económico solo cuantifica como gasto únicamente cuatro trabajadores.*

*Tal incongruencia no es admisible, más cuando en la valoración de los criterios subjetivos (dependientes de un juicio de valor) se tuvo en cuenta lo indicado en el sobre B (tabla anterior), por lo que se le otorgó una puntuación elevada respecto del resto de los licitadores, cuando finalmente y según el estudio económico esta adscripción de personal no aparece.*

*Indica un personal de apoyo, según la oferta del sobre B, que supone 4,8 personas equivalentes a tiempo completo y en el estudio económico financiero no se hace referencia, cuestión también que debe considerarse no aceptable, pues, igualmente como en el caso anterior, se le tuvo en cuenta en la valoración de criterios dependientes de un juicio de valor, cuando ni figuran en el estudio económico”.*

O recorrente no seu escrito de impugnación argumenta o seguinte:

*“este coste al que se hace referencia en el estudio económico es aquel al que GESTAGUA tendrá que hacer frente como coste de personal de explotación de servicios asignado al Concello de Soutomaior. Sin embargo, las dedicaciones parciales que en suma hacen personas equivalentes es personal realmente existente y ya actualmente sufragado por lo que sería un error grave introducir su coste dos, tres o varias veces cuando realmente solo se paga una y un error mucho más grave aún el cargar al Concello de Soutomaior con un coste que ya asume GESTAGUA para ser una empresa referente del sector del ciclo integral del agua; es decir, una estructuración de dedicaciones de personal con un coste ya asumido por la empresa, ni vulnera el pliego de condiciones, ni afecta negativamente a la coherencia entre la oferta y el estudio económico pues ésta es totalmente fiel a la realidad”.*

Podemos xa indicar, polo tanto, que a cuestión que se expón e debe dilucidar este Tribunal é a posibilidade de aportar un determinado número de persoal como parte da oferta técnica, sendo ademais ese número de persoal un concreto criterio de adxudicación; e posteriormente, na oferta económica, non integrar ese persoal como custo do servizo ao asumilo a empresa adxudicataria con carácter alleo á concesión.

Pois ben, xa debemos manifestar a nosa resposta negativa a esa cuestión. Se un licitador ao configurar a súa oferta técnica ofrece un determinado número de persoal a adscribir ao contrato obxecto da concesión, e polo tanto cunhas concretas funcións a desenvolver para a prestación do servizo, ese persoal necesaria e ineludiblemente debe ter un reflexo económico, xa que pola propia vontade do licitador está integrado na concesión de igual xeito que o resto de custos. Entender o contrario, é dicir, permitir que un licitador aporte como parte da súa oferta técnica e como criterio especificamente avaliabile unhas determinadas prestacións -ben en número de persoal, ben calquera outra- que despois non consten cuantificadas na súa oferta económica, vulneraría a propia integridade da oferta e permitiría actuacións contrarias á libre competencia entre licitadores.

Nese sentido se pronuncia a Sentenza 121/2017, de 16 de marzo de 2017, da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, que expresamente sinala que:

*“hay que señalar que en la partida más importante, que es la de personal, ya que representa el 82,7% del coste anual antes del IVA, no se incluye el denominado personal indirecto, con la explicación de que su coste es asumido por la estructura de la empresa, exclusión que no es admisible, puesto que en la parte que corresponda sí tiene que ser repercutido sobre el precio del contrato”.*

Tamén o Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid na súa Resolución 185/2016:

*“Esas actividades aunque vayan a prestarse por la empresa con medios propios, ajenos al contrato, deben tener un reflejo en el cálculo los costes y esas cantidades que asume la empresa han de minorar, en todo caso, el beneficio industrial previsto.”*

Neste caso concreto, tamén diversas circunstancias se nos mostran contrarias á pretensión do recurrente.

Por un lado, debemos sinalar que se ben oito das quince persoas sinaladas no sobre B como directamente vinculadas á concesión si aparecen reflectidas no estudo económico, e polo tanto seguen formando parte da proposta presentada aínda que sen custo imputado, tres delas nin sequera se recollen no cadro correspondente, polo que semellan desaparecer da propia oferta. Circunstancia que desvirtúa xa a alegación do recurso de que se está a ofrecer exactamente o mesmo persoal.

E esta omisión non cabe corrixila pola simple referencia que no mesmo estudo económico o licitador realiza no sentido de que:

*“Independientemente del personal indicado, nuestra sociedad cuenta con un equipo humano altamente cualificado y que en caso necesario apoyará, verificará y resolverá cualquier tipo de problema que pueda presentarse”*

A propia literalidade do transcrito -“en caso necesario apoyará”- impide lóxicamente entender que se poida referir ao persoal directamente vinculado á concesión, senón que nos remite con claridade ao que o licitador indicou no seu sobre B de modo expreso como persoal de apoio.

Pero é que ademais, como fundamento da súa argumentación, a recorrente sinala que:

*“Dichos costes pertenecen a los gastos de estructura de las empresas y no al servicio de los ayuntamientos dado que, como es lógico, ningún municipio debe sufragar el desarrollo tecnológico de las empresas, sus estrategias de crecimiento, sus inversiones en innovación o cualquier otro que indudablemente afectan positivamente al servicio pero son parte de la estrategia propia de cada empresa”*

Este argumento é dificilmente conciliable co resultado de examinar o concreto persoal dentro do directamente vinculado ao que non se lle asigna custo económico, entre o que atopamos, por poñer varios exemplos, un “lector contadores” cunha dedicación do 20% segundo a oferta técnica, un “especialista busca fugas” cunha dedicación do 25% ou un “conductor camión de saneamiento” cunha dedicación do 15%, ningún dos cales semella que poidan estar incluídos en gastos diferentes dos propios de prestación do servizo, e menos aínda entendedelos gastos estratéxicos da empresa licitadora.

Non procede estimar a xustificación do recorrente do senso de que non se produciu incumprimento do previsto no prego nin na lexislación contractual. O propio PCAP fai unha referencia explícita ao regular as causas de exclusión na súa cláusula 14.5 ao artigo 84 do RD 1098/2001, polo que se aproba o Regulamento xeral da Lei de contratos das Administracións Públicas, e sinala como primeiro motivo de exclusión a falta de “concordancia coa documentación examinada e admitida”, que é precisamente o que sucede neste suposto, no que a oferta económica non é coherente co proposto e avaliado na oferta técnica e que incluso podería dar lugar á vulneración do artigo



145.3 do TRLCSP de entender que as diferencias no sobre C suporían a introdución de variantes da oferta técnica.

Nese sentido non podemos acoller o argumento do recurso no sentido de que a oferta económica, en si mesma, non vulnera o previsto nos pregos, xa que a exclusión non se produce por ese motivo, senón porque a oferta técnica e económica en conxunto son incongruentes respecto ao persoal ofertado. E non se pode pretender que aínda que a análise dos distintos sobres se efectúe en momentos procedimentais diferentes, os contidos deses sobres non deban ser coherentes entre si, pois a oferta presentada é única.

É certo que nos atopamos na apertura do sobre C e, polo tanto, a puntuación a outorgar neste momento está suxeita a criterios automáticos e non a xuízo de valor. Agora ben, iso non impide que se poida proceder á exclusión dun licitador se existen causas fundadas. Pero ao ser neste momento públicas xa as ofertas dos licitadores, coñécese quen podería resultar adxudicatario e iso precisamente esixe ao órgano de contratación un especial rigor e transparencia á hora de proceder á exclusión dun licitador. Neste sentido, esas causas de exclusión deben referirse a elementos obxectivos e que resulten con claridade da oferta, pois noutro caso, de derivar a exclusión dos propios xuízos de valor do órgano de contratación, poderíamos atoparnos ante unha vulneración dos principios de igualdade e libre concorrência.

Como sinala o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais na súa Resolución 697/2014:

*“una vez efectuada la apertura de ambos sobres y una vez conocida la calificación efectuada en relación con los criterios que dependen de un juicio de valor, sólo cabrá la exclusión de un licitador cuando, a la vista de la oferta presentada, ésta resulte claramente incongruente de forma objetiva o cuando de la misma se deduzca sin ningún género de dudas y sin necesidad de acudir a criterio técnico o subjetivo alguno, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos, pues de otro modo se estaría alterando el orden del procedimiento de licitación definido legalmente en el artículo 151 del TRLCSP y en el artículo 30 del Real Decreto 817/2009 y que tiene precisamente como objeto garantizar la objetividad de la adjudicación, evitando que los juicios de valor a emitir por el órgano de contratación y sometidos a discrecionalidad técnica puedan influir en el resultado final de la licitación.”*

Pois ben, en aplicación do exposto, neste caso concreto aprécianse con claridade os elementos que determinan a exclusión do recorrente, como son as



diferencias existentes entre a súa proposta técnica e económica respecto ao número de traballadores ofertados. Como xa sinalamos, existen, por un lado, tres traballadores que a proposta técnica acolle como directamente vinculados á concesión e que non aparecen na económica; e, ademais, esta última non imputa o custo doutras oito por entender que son gastos da empresa alleos ao propio contrato.

Polo tanto, atopámonos ante circunstancias obxectivas e non froito dunha actividade dedutiva do órgano de contratación, que a única actuación que realiza é aplicar a consecuencia xurídica -a exclusión- que entende procede ante eses feitos, polo que este Tribunal non aprecia arbitrariedade na súa actuación.

**Décimo.-** Por outro lado, o recorrente argumenta que, en todo caso, apreciadas esas discrepancias na súa oferta a mesa de contratación debeu proceder a solicitarlle aclaracións, pero non acordar directamente a súa exclusión.

Este Tribunal xa se manifestou en diversas ocasións favorable á posibilidade de solicitar aclaracións ás ofertas dos licitadores co fin de evitar que posturas excesivamente formalistas supoñan unha restrición indebida da competencia.

Así, na nosa Resolución 91/2018 xa sinalábamos:

*“Neste sentido, debemos partir de que o artigo 81.2 do Real Decreto 1098/2001 de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas, prevé expresamente a posibilidade de corrixir “erros ou omisións emendables”, se ben referíndose exclusivamente á documentación administrativa.*

*Agora ben, o feito de que este precepto se refira unicamente a esa documentación non determina necesariamente que imposibilite a emendabilidade das ofertas, se ben neste ámbito debe existir un maior rigor que impida a vulneración do principio de igualdade. Así, a xurisprudencia ten considerado emendables erros como a sinatura da proposición económica (Sentenza do Tribunal Supremo de 06.07.2004) ou a representación de quen subscribiu a oferta (Sentenza do Tribunal Supremo 09.07.2002). Neste senso, o Tribunal Supremo ten establecido que a finalidade da preclusión de aportacións documentais ten por obxecto evitar estratagemas pouco limpas pero tamén rexeita a existencia de posturas formalistas que conduzan á exclusión de licitadores por defectos facilmente emendables.*

*Igualmente, o TXUE na súa Sentenza de 11 de maio de 2017, C-131/16 sinala que o principio de igualdade de trato non se opón a que unha oferta se poida corrixir*

*ou completarse de maneira puntual, cando sexa evidente que require unha aclaración ou para emendar erros materiais manifestos, coa condición de que non se pode presentar o que constituiría unha nova oferta:*

*“El principio de igualdad de trato de los operadores económicos (...) no se opone a que la entidad adjudicadora requiera a un licitador para que aclare una oferta o para que subsane un error material manifiesto del que adolezca dicha oferta, a condición, no obstante, de que dicho requerimiento se envíe a todos los licitadores que se encuentren en la misma situación, de que todos los licitadores sean tratados del mismo modo y con lealtad y de que esa aclaración o subsanación no equivalga a la presentación de una nueva oferta, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.*

*Na Sentenza de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10) especificamente indica que:*

*“excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta”.*

No caso que se nos presenta, non cabe apreciar que necesariamente o órgano de contratación debese proceder a solicitar aclaración ao recorrente con anterioridade á acordar a súa exclusión. É evidente que non nos atopamos ante un erro material manifesto, que nin sequera se argumenta no recurso, senón ante dúas propostas -sobres B e C- que ao xuízo do órgano de contratación resultan incompatibles entre si.

Nese sentido, o trámite de aclaración que solicita o recorrente carece de virtualidade. Primeiro, porque aparecendo como incongruentes os apartados de persoal da súa oferta técnica e económica, non sería posible alcanzar esa congruencia se non é modificando os termos nos que as mesma se formularon. E segundo, porque apreciadas esas diferencias e non existindo dúbida do órgano de contratación ao respecto, a pretensión de GESTAGUA nese trámite non sería en realidade unha aclaración da súa oferta, senón unha oposición á argumentación do órgano de contratación, algo que xa materializa na interposición deste recurso.

Lembremos nese sentido que neste recurso non se discute se o persoal en cuestión aparece ou non reflectido no estudo de custos presentado, pois o propio recorrente tanto naquel coma neste mesmo recurso admite que ese custo non está incluído.

De igual modo, tampouco podemos acoller a intención da recorrente de que se debería efectuar un trámite para permitirlle xustificar a viabilidade da súa oferta económica. Ese trámite é evidentemente obrigatorio no caso dunha oferta económica que sexa considerada desproporcionada de acordo cos parámetros fixados previamente nos pregos da licitación. Pero neste suposto nos atopamos ante unha oferta considerada incoherente polo órgano de contratación, algo que é diferente da súa desproporción, que deriva automaticamente do criterio matemático fixado nos pregos.

Entender o contrario implicaría que de non atoparse a oferta económica do recorrente nese parámetro de desproporción, o órgano de contratación debería admitir a oferta en todo caso, independentemente da incongruencia apreciada, e implicaría a posibilidade de que resultase gañadora unha oferta que vulnera a normativa contractual.

Por último, simplemente sinalar que, se ben como sinalamos ao comezo desta Resolución o acordo de exclusión non foi notificado ao recorrente, o certo é que o acordo adoptado estaba debidamente motivado, algo non discutido neste recuso, os fundamentos da exclusión foron coñecidos polo recorrente e este interpuxo recurso debidamente fundado, polo que non cabe nesta fase apreciar indefensión ao respecto.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Desestimar** o recurso interposto por GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA S.A. contra a decisión de exclusión da súa oferta do procedemento de licitación do contrato de xestión do servizo público por procedemento aberto con varios criterios de adjudicación baixo a modalidade de concesión que ten por obxecto o abastecemento de auga potable e saneamento do Concello de Soutomaior.

2. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.