

Recurso nº 129/2018**Resolución nº 119/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. A.H.M. actuando en nombre y representación de GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A. contra la decisión de exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato de gestión del servicio público por procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación bajo la modalidad de concesión que tiene por objeto el abastecimiento de agua potable y saneamiento del Ayuntamiento de Soutomaior, expediente SP1/2018, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Ayuntamiento de Soutomaior se convocó la licitación del contrato bajo la modalidad de concesión que tiene por objeto el abastecimiento de agua potable y saneamiento, con un valor estimado declarado de 10.677.311,82 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el BOP del 07.03.2018; en el BOE y en el DOGA del 08.03.2018; y en el DOUE del 09.03.2018, rectificado el 14.03.2018.

Segundo.- Según el expediente de la licitación, la misma estuvo sometida al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en adelante).

Tercero.- El recurrente impugna la decisión de la mesa de contratación de exclusión de su oferta del procedimiento por la *“falta de concordancia entre la documentación presentada en el sobre B “oferta técnica” y el estudio económico presentado en el sobre C “oferta económica”*.

Cuarto.- El día 16.11.2018 GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A. (GESTAGUA en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia y en la web del TACGal.

Quinto.- Con fecha 16.11.2018 se reclamó al Ayuntamiento de Soutomaor el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 26.11.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados el mismo día 26.11.2018, recibándose las alegaciones de la empresa ESPINA&DELFÍN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera.4 LCSP el presente recurso se tramitó conforme a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- El recurrente fue excluido por la decisión impugnada en este recurso, por lo que su legitimación es indudable.

Cuarto.- Si bien la decisión de exclusión no fue notificada al recurrente, el acta de la sesión de la mesa que adoptó el acuerdo fue publicada en la Plataforma el 25.10.2018, por lo que en todo caso el recurso fue interpuesto en el plazo legal.

Quinto.- Siendo el acto impugnado una decisión de exclusión adoptada en un procedimiento de licitación de una concesión de servicios por importe superior a 3.000.000 de euros, el recurso es admisible.

Sexto.- El recurrente alega que no procedía la exclusión, pues niega que exista incoherencia entre las distintas partes de su oferta. Además, señala que en su caso procedería que, con carácter previo a la exclusión, se le concediera un trámite de aclaraciones en el que se le permitiera argumentar al respecto.

Séptimo.- El órgano de contratación en su informe rechaza los argumentos del recurso, reitera que la incongruencia entre el número de personal ofrecido en los sobres B y C es clara y, por lo tanto, señala que tampoco existía posibilidad de un trámite de aclaraciones, que entiende excepcional, pues se vulneraría la igualdad entre los licitadores.

Octavo.- ESPINA&DELFÍN apoya la actuación del órgano de contratación, pues entiende que la oferta de la recurrente vulnera los principios de onerosidad de la contratación y libre competencia, por lo que solicita la desestimación del recurso.

Noveno.- Como señalamos, el motivo de la exclusión de la oferta del recurrente fue la falta de concordancia entre su oferta técnica y económica con respecto al personal ofertado.

El PCAP recoge en su cláusula 10 que, en lo referente a los criterios sujetos a un juicio de valor, se puntúan entre otros aspectos los *“medios personales adscritos al servicio”*, con un máximo de 14 puntos, en el que se incluían como subcriterios concretos el *“personal total adscrito al contrato”* con una puntuación de 9 puntos y la *“estructura y organigrama del personal”* con un máximo de 2. En ese sentido, los licitadores estaban obligados a presentar en el sobre B un *“proyecto de organización de los servicios propuestos”*, en el que debería constar la *“estructura y organigrama del personal”* y el *“personal total adscrito al contrato”*.

Por otro lado, en el sobre C los licitadores deberían presentar un *“estudio económico-financiero de la concesión”* como justificación de su proposición y según la estructura de costes que figura en el PCAP.

En su oferta técnica el recurrente incluye 15 personas con dedicación y la jornada 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 en el original).

Como cómputo del *“personal total adscrito al contrato”* diferencia en su oferta varios tipos distintos de personal con la siguiente cuantificación:

- Personal adscrito al servicio: 15 personas en total, que suponen 4,7 personas equivalentes (a jornada completa).

- Personal adscrito al servicio para relevos por permiso y bajas: 5 personas en total, que suponen 0,75 personas equivalentes.
- Personal de apoyo directo en la Delegación Gestagua-Galicia: 96 personas en total, 4,80 personas equivalentes.
- Personal para la realización de obras financiadas por los usuarios: 7 personas en total, que suponen 0,35 personas equivalentes.
- Personal de apoyo en la sede central: 44 personas en total, que suponen 2,20 personas equivalentes.

Igualmente, consta acreditado en el expediente, y no se discute por el recurrente, que en el estudio económico presentado imputa en los gastos de personal únicamente el coste de 4 trabajadores, dos a jornada completa y dos a media jornada, además de un coste por “guardias y suplencias”. En ese mismo estudio económico aparecen reflejados otros 8 trabajadores con la referencia “no imputa coste”.

Sobre este aspecto y como motivación determinante de su exclusión, el informe valorativo de las ofertas económicas señala:

“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”.

El recurrente en su escrito de impugnación argumenta lo siguiente:

“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 Ayuntamiento 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 Ayuntamiento 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 ya indicar, por lo tanto, que la cuestión que se expone y debe dilucidar este Tribunal es la posibilidad de aportar un determinado número de personal como parte de la oferta técnica, siendo además ese número de personal un concreto criterio de adjudicación; y posteriormente, en la oferta económica, no integrar ese personal como coste del servicio al asumirlo la empresa adjudicataria con carácter ajeno a la concesión.

Pues bien, ya debemos manifestar nuestra respuesta negativa a esa cuestión. Si un licitador al configurar su oferta técnica ofrece un determinado número de personal a adscribir al contrato objeto de la concesión, y por lo tanto con unas concretas funciones a desarrollar para la prestación del servicio, ese personal necesaria e ineludiblemente debe tener un reflejo económico, ya que por la propia voluntad del licitador está integrado en la concesión de igual manera que el resto de costes. Entender el contrario, es decir, permitir que un licitador aporte como parte de su oferta técnica y como criterio específicamente evaluable unas determinadas prestaciones -bien en número de personal, bien cualquier otra- que después no consten cuantificadas en su oferta económica, vulneraría la propia integridad de la oferta y permitiría actuaciones contrarias a la libre competencia entre licitadores.

En ese sentido se pronuncia la Sentencia 121/2017, de 16 de marzo de 2017, de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que expresamente señala 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”.

También el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en su 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.”

En este caso concreto, también diversas circunstancias se nos muestran contrarias a la pretensión del recurrente.

Por un lado, debemos señalar que si bien ocho de las quince personas señaladas en el sobre B como directamente vinculadas a la concesión sí aparecen reflejadas en el estudio económico, y por lo tanto siguen formando parte de la propuesta presentada aunque sin coste imputado, tres de ellas ni siquiera se recogen en el cuadro correspondiente, por lo que parecen desaparecer de la propia oferta. Circunstancia que desvirtúa ya la alegación del recurso de que se está ofreciendo exactamente el mismo personal.

Y esta omisión no cabe corregirla por la simple referencia que en el mismo estudio económico el licitador realiza en el 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”

La propia literalidad de lo transcrito -“en caso necesario apoyará”- impide lógicamente entender que se pueda referir al personal directamente vinculado a la concesión, sino que nos remite con claridad a lo que el licitador indicó en el sobre B de modo expreso como personal de apoyo.

Pero es que además, como fundamento de su argumentación, la recurrente señala 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 es difícilmente conciliable con el resultado de examinar el concreto personal dentro del directamente vinculado al que no se le asigna coste económico, entre lo que encontramos, por poner varios ejemplos, un “lector contadores” con una dedicación del 20% según la oferta técnica, un “especialista busca fugas” con una dedicación del 25% o un “conductor camión de saneamiento” con una dedicación del 15%, ninguno de los cuales parece que puedan estar incluidos en gastos diferentes de los propios de prestación del servicio, y menos aún entenderlos gastos estratégicos de la empresa licitadora.

No procede estimar la justificación del recurrente en el sentido de que no se produjo incumplimiento de lo previsto en el pliego ni en la legislación contractual. El propio PCAP hace una referencia explícita al regular las causas de exclusión en su

cláusula 14.5 al artículo 84 del RD 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, y señala como primer motivo de exclusión la falta de *“concordancia con la documentación examinada y admitida”*, que es precisamente lo que sucede en este supuesto, en el que la oferta económica no es coherente con lo propuesto y evaluado en la oferta técnica y que incluso podría dar lugar a la vulneración del artículo 145.3 del TRLCSP de entender que las diferencias en el sobre C supondrían la introducción de variantes de la oferta técnica.

En ese sentido no podemos acoger el argumento del recurso en el sentido de que la oferta económica, en sí misma, no vulnera lo previsto en los pliegos, ya que la exclusión no se produce por ese motivo, sino porque la oferta técnica y económica en conjunto son incongruentes respecto al personal ofertado. Y no se puede pretender que aunque el análisis de los distintos sobres se efectúe en momentos procedimentales diferentes, los contenidos de esos sobres no deban ser coherentes entre sí, pues la oferta presentada es única.

Es cierto que nos encontramos en la apertura del sobre C y, por lo tanto, la puntuación a otorgar en este momento está sujeta a criterios automáticos y no a juicio de valor. Ahora bien, eso no impide que se pueda proceder a la exclusión de un licitador se existen causas fundadas. Pero al ser en este momento públicas ya las ofertas de los licitadores, se conoce quien podría resultar adjudicatario y eso precisamente exige al órgano de contratación un especial rigor y transparencia a la hora de proceder a la exclusión de un licitador. En este sentido, esas causas de exclusión deben referirse a elementos objetivos y que resulten con claridad de la oferta, pues en otro caso, de derivar la exclusión de los propios juicios de valor del órgano de contratación, podríamos encontrarnos ante una vulneración de los principios de igualdad y libre concurrencia.

Como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su 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.”

Pues bien, en aplicación de lo expuesto, en este caso concreto se aprecian con claridad los elementos que determinan la exclusión del recurrente, como son las diferencias existentes entre su propuesta técnica y económica respecto al número de trabajadores ofertados. Como ya señalamos, existen, por un lado, tres trabajadores que la propuesta técnica acoge como directamente vinculados a la concesión y que no aparecen en la económica; y, además, esta última no imputa el coste de otras ocho por entender que son gastos de la empresa ajenos al propio contrato.

Por lo tanto, nos encontramos ante circunstancias objetivas y no fruto de una actividad deductiva del órgano de contratación, que la única actuación que realiza es aplicar por consecuencia jurídica -la exclusión- que entiende procede ante esos hechos, por lo que este Tribunal no aprecia arbitrariedad en su actuación.

Décimo.- Por otro lado, el recurrente argumenta que, en todo caso, apreciadas esas discrepancias en su oferta la mesa de contratación debió proceder a solicitarle aclaraciones, pero no acordar directamente su exclusión.

Este Tribunal ya se manifestó en diversas ocasiones favorable a la posibilidad de solicitar aclaraciones a las ofertas de los licitadores con el fin de evitar que posturas excesivamente formalistas supongan una restricción indebida de la competencia.

Así, en nuestra Resolución 91/2018 ya señalábamos:

“En este sentido, debemos partir de que el artículo 81.2 del Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, prevé expresamente la posibilidad de corregir “errores u omisiones enmendables”, si bien refiriéndose exclusivamente a la documentación administrativa.

Ahora bien, el hecho de que este precepto se refiera únicamente a esa documentación no determina necesariamente que imposibilite la enmienda de las ofertas, si bien en este ámbito debe existir un mayor rigor que impida la vulneración del principio de igualdad. Así, la jurisprudencia ha considerado enmendables errores como la firma de la proposición económica (Sentencia del Tribunal Supremo de 06.07.2004) o la representación de quien suscribió la oferta (Sentencia del Tribunal Supremo 09.07.2002). En este sentido, el Tribunal Supremo ha establecido que la finalidad de la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar estratagemas poco limpias pero también rechaza la existencia de posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente enmendables.

Igualmente, el TJUE en su Sentencia de 11 de mayo de 2017, C-131/16 señala que el principio de igualdad de trato no se opone a que una oferta se pueda corregir o completarse de manera puntual, cuando sea evidente que requiere una aclaración o para emendar errores materiales manifiestos, con la condición de que no se puede presentar lo que constituiría una nueva 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.

En la Sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10) específicamente 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”.

En el caso que se nos presenta, no cabe apreciar que necesariamente el órgano de contratación debiera proceder a solicitar aclaración al recurrente con anterioridad a acordar su exclusión. Es evidente que no nos encontramos ante un error material manifiesto, que ni siquiera se argumenta en el recurso, sino ante dos propuestas -sobres B y C- que a juicio del órgano de contratación resultan incompatibles entre sí.

En ese sentido, el trámite de aclaración que solicita el recurrente carece de virtualidad. Primero, porque apareciendo como incongruentes los apartados de personal de su oferta técnica y económica, no sería posible alcanzar esa congruencia si no es modificando los términos en los que las misma se formularon. Y segundo, porque apreciadas esas diferencias y no existiendo duda del órgano de contratación al respecto, la pretensión de GESTAGUA en ese trámite no sería en realidad una aclaración de su oferta, sino una oposición a la argumentación del órgano de contratación, algo que ya materializa en la interposición de este recurso.

Recordemos en ese sentido que en este recurso no se discute si el personal en cuestión aparece o no reflejado en el estudio de costes presentado, pues el propio recurrente tanto en aquel como en este mismo recurso admite que ese coste no está incluido.

De igual modo, tampoco podemos acoger la intención de la recurrente de que se debería efectuar un trámite para permitirle justificar la viabilidad de su oferta

económica. Ese trámite es evidentemente obligatorio en el caso de una oferta económica que sea considerada desproporcionada de acuerdo con los parámetros fijados previamente en los pliegos de la licitación. Pero en este supuesto nos encontramos ante una oferta considerada incoherente por el órgano de contratación, algo que es diferente de su desproporción, que deriva automáticamente del criterio matemático fijado en los pliegos.

Entender lo contrario implicaría que de no encontrarse la oferta económica del recurrente en ese parámetro de desproporción, el órgano de contratación debería admitir la oferta en todo caso, independientemente de la incongruencia apreciada, e implicaría la posibilidad de que resultara ganadora una oferta que vulnera la normativa contractual.

Por último, simplemente señalar que, si bien como señalamos al inicio de esta Resolución el acuerdo de exclusión no fue notificado al recurrente, lo cierto es que el acuerdo adoptado estaba debidamente motivado, algo no discutido en este recuso, los fundamentos de la exclusión fueron conocidos por el recurrente y este interpuso recurso debidamente fundado, por lo que no cabe en esta fase apreciar indefensión al respecto.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Desestimar** el recurso interpuesto por GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A. contra la decisión de exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato de gestión del servicio público por procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación bajo la modalidad de concesión que tiene por objeto el abastecimiento de agua potable y saneamiento del Ayuntamiento de Soutomaior.

2. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, 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.