

Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por medio del presente escrito se viene a interponer, en tiempo y forma hábil, **RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN** contra la propuesta de adjudicación de la mesa de contratación en el Contrato de Concesión de servicios de Abastecimiento de Agua Potable, servicio de gestión de Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Residuales en el municipio de Garrucha (Expte. 2018/049530/006-2017/00001) de fecha 18 de enero de 2019, una vez han sido desestimadas las alegaciones formuladas contra la misma en resolución de fecha 25 de febrero de 2019, al amparo del artículo 44.2 de 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), y en base a las siguientes.

ALEGACIONES FACTICAS Y JURÍDICAS

Primera. Sobre la exclusión de la oferta de la UTE AQUALIA – CODEUR. Incumplimiento del requerimiento. Falta de justificación de la oferta.

En fecha 9 de enero de 2019, la Mesa de Contratación del Contrato de Concesión de servicios de Abastecimiento de agua potable, servicio de gestión de Alcantarillado y tratamiento de aguas residuales en el municipio de Garrucha, realiza a los licitadores distintos requerimientos al objeto de justificar diferencias entre los sobres B y C:

“Por todo lo expuesto la MESA DE CONTRATACIÓN tras la apertura del SOBRE 3 y a fin de cumplir con las determinaciones establecidas en el artículo 18 PCAP mediante el presente acto formula REQUERIMIENTO para que en el PLAZO MÁXIMO DE CINCO DÍAS NATURALES (DA 12º LCSP) a los siguientes licitadores:

Licitador 1º. HIDRALIA GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE ANDALUCÍA, SA, CIF.- A 41461856 Deberá justificar al objeto de determinar que dicha proposición es ajustada y proporcionada, los resultados de la misma acreditado la superación del umbral de la media tal y como expone tanto el artículo 16 PCAP como del artículo 149 LCSP, debiendo justificar y desglosar razonadamente y detalladamente la oferta económica presentada.

En el Estudio Económico debe aclarar si la partida de amortización viene referido al valor repercutido de gastos de canon anticipado.

Licitador 2º. FCC AQUALIA SA (A 26019992) Y CODEUR SA (A04442828)

Deberá justificar la adecuación entre la oferta sujeta a juicio de valor en relación a los recursos humanos adscritos al servicio en el Sobre 2º y los expuestos en el estudio económico financiero del Sobre 3, pues no son coincidentes.

Licitador 3º. AMEDIDA GESTIÓN DE SERVICIOS TECNOLÓGICOS DEL AGUA SL, B 86401536

Deberá justificar al objeto de determinar que dicha proposición es ajustada y proporcionada, los resultados de la misma acreditado la superación del umbral de la media tal y como expone tanto el artículo 16 PCAP como del artículo 149 LCSP, debiendo justificar y desglosar razonadamente y detalladamente la oferta económica presentada."

Cumplimentados los requerimientos por los licitadores, la Mesa de Contratación del Contrato de Concesión de servicios de Abastecimiento de agua potable, servicio de gestión de Alcantarillado y tratamiento de aguas residuales en el municipio de Garrucha en fecha 18 de enero de 2019 acuerda:

"Licitador 1º. HIDRALIA GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE ANDALUCÍA, SA. CIF.- A 41461856

Se atiende por el licitador el requerimiento y la mesa a la vista del escrito presentado vía registro general telemático en fecha de 14 de enero de 2018 se da por atendido y válido en relación a la justificación del canon presentado.

Licitador 2º. FCC AQUALIA SA (A 26019992) Y CODEUR SA (A04442828)

Atiende requerimiento en plazo mediante presentación de escrito ante registro general, en fecha de 14/01/2019 en el que manifiestan literalmente que:

"El hecho de que el total de trabajadores indicado en esta Tabla (26) no coincida con el total de trabajadores indicado en la tabla del Sobre 2 (19), se explica porque de conformidad con el artículo 8 del PCAP, la Tabla del Sobre 2" indica la plantilla mínima adscrita al 100 % al servicio y con dedicación exclusiva plantilla que se mantendrá a lo largo de toda la concesión mientras la tabla del Sobre 3 incluye el coste de todos los trabajadores que se dedicaran al servicio, incluyendo tanto el personal adscrito al 100% como el personal de apoyo."

Acto seguido en el propio escrito afirma que dicho personal de apoyo no tiene una dedicación al 100% ni exclusivo a dicho servicio, alegando que se trata de personal integrado en la estructura de personal de las propias empresas unidas en UTE; aunque es cierto que en el propio requerimiento se determine que en el Estudio Económico Financiero se han incluidos la totalidad de gastos generales y beneficio industrial.

En cualquier supuesto aun habiendo atendido el citado requerimiento ésta Mesa de Contratación entiende por unanimidad de sus miembros que no se entiende justificada la discrepancia entre la adscripción delimitada en el Sobre 2º y la ofertada y expuesta en el Estudio Económico exigible en el sobre 3º de ahí que se proceda a la evaluación del personal adscrito con un TOTAL de NUEVE al 100% del servicio hecho que se acredita en el propio Sobre 3º.

Licitador 3º- AMEDIDA GESTIÓN DE SERVICIOS TECNOLÓGICOS DEL AGUA SL, B 86401536

Se atiende por el licitador de igual forma vía instancia general en fecha de 11/01/2019 el mencionado requerimiento acreditando de igual forma sobre el Estudio Económico Financiero y evaluación de ingresos y gastos la plena justificación y plena viabilidad de la oferta económica presentada en el Sobre 3º conforme a lo establecido en el artículo 15 PCAP.

En relación al estudio de viabilidad presentado se admite lo expuesto por el licitador y se da por plenamente justificada la oferta presentada de inicio."

Como queda recogido en el acta, **la Mesa de Contratación no entiende justificada la discrepancia entre la adscripción delimitada en el Sobre 2º y la ofertada y expuesta en el Estudio Económico exigible en el sobre 3º, por tanto, la oferta de la UTE FCC Aqualia SA y Codeur SA debe ser excluida.**

El Pliego de cláusulas administrativas particulares exige en la cláusula 8, respecto a los criterios sujetos a juicio de valor, que los "*Medios humanos ha de estar adscritos al 100% y con dedicación exclusiva al Servicio*". Indicando que la plantilla propuesta en este apartado será considerada como mínima para mantener a lo largo de toda la concesión, asignándole de acuerdo a la cláusula 15 del PCAP a los medios humanos adscritos al 100% y con dedicación exclusiva al servicio una puntuación de 6 puntos.

Así, los licitadores están obligados a presentar en su Sobre B un proyecto de organización de los medios humanos disponibles para la ejecución del contrato. Debiendo estar adscritos al 100% y con dedicación exclusiva.

Por otro lado, en la cláusula 8 del PCAP al indicar el contenido del sobre C se establece que los licitadores deberán presentar un "*estudio económico de la concesión*" como justificación de su propuesta y de la estructura de costes del servicio.

Igualmente, el PPT establece que el adjudicatario se compromete a mantener la plantilla existente en el inicio de la prestación del servicio durante toda la duración del contrato.

Es doctrina de los tribunales de contratación, considerar que si se proporciona un número de personal como parte de la oferta técnica, siendo esa cantidad de personal además un criterio concreto de adjudicación, la totalidad de ese personal se debe integrar en la oferta económica; Pues de no hacerse se violaría la integridad de la oferta y permitiría acciones contrarias a la libre competencia entre licitadores. En este sentido, entre otras: Resolución 323/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, Resolución 185/2016 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid y Resolución nº 119/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia.

De aquí la corrección de la resolución de la Mesa de Contratación en cuanto a no tener por justificada por la UTE FCC Aqualia SA y Codeur SA la discrepancia entre la adscripción delimitada en el Sobre 2º y la ofertada y expuesta en el Estudio Económico exigible en el sobre 3º, **resolución con conlleva a la exclusión de la oferta de la UTE FCC Aqualia SA y Codeur SA**, por no cumplir su oferta con los pliegos rectores de la licitación.

Pues de otro modo, se estaría alterando el orden del procedimiento de licitación definido legalmente en el artículo 150 de la LCSP y en el artículo 84 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 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.

Segundo.- Sobre el cumplimiento de los principios rectores de la contratación pública y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Es obligación de la Mesa de Contratación comprobar si los licitadores han justificado las aclaraciones solicitadas en los requerimientos formulados, y en caso de entender no justificado algún requerimiento, acordar la exclusión de la licitadora que no haya cumplido.

Lo que no puede hacer la mesa de contratación, es realizar una nueva valoración de la ofertas en base a un requerimiento no justificado modificando la oferta de un licitador como ha hecho la Mesa de Contratación en su propuesta de adjudicación: *“En cualquier supuesto aun habiendo atendido el citado requerimiento ésta Mesa de Contratación entiende por unanimidad de sus miembros que **no se entiende justificada** la discrepancia entre la adscripción delimitada en el sobre 2 y la ofertada y expuesta en el Estudio Económico exigible en el sobre 3º de ahí que se proceda a la evaluación del personal adscrito con un TOTAL de NUEVE al 100% del servicio hecho que se acredita en el propio Sobre 3º”, pues ello, contraviene los principios rectores de la contratación pública y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*

El artículo 149 de la LCSP regula el régimen jurídico de las proposiciones incursas inicialmente en valores anormales o desproporcionados; en concreto en lo que aquí interesa en el apartado 6: *“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.*"

Sobre la naturaleza que han de tener las aclaraciones solicitadas resulta ilustrativa la Sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, en la que se afirma 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"*.

Finalmente, también procede citar la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de, 4 mayo de 2017, (asunto C-387/14), de la que se infiere a la luz de la propia jurisprudencia emanada por ese Tribunal que existe la posibilidad de que los datos de una oferta puedan corregirse o subsanarse, pero que *"corresponde al poder adjudicador garantizar, en particular, que la solicitud de aclaraciones de una oferta no tenga como consecuencia que el licitador afectado presente lo que constituiría una nueva oferta"*.

En este sentido, queda claro que la UTE FCC Aqualia SA y Codeur SA incumplió lo dispuesto en el PCAP impidiendo que pudiera ser evaluada en igualdad de condiciones con respecto a la del resto de licitadores.

Sobre las consecuencias de este tipo de incumplimientos se han manifestado los Tribunales de contratación: Resolución 289/2016, de 11 de noviembre, y donde se alude a su vez a la doctrina coincidente de otros Tribunales indicando que: *"Por tanto, con la respuesta de VALORIZA, la mesa de contratación adquiría certeza sobre la equivocación padecida por la licitadora al consignar las horas para tareas extraordinarias, por lo que debió proceder a la exclusión de su oferta conforme a lo previsto en el artículo 84 del RGLCAP. En cambio, al admitir aquella aclaración, permitió una modificación sustancial de la oferta inicial de VALORIZA, o lo que es lo mismo, la subsanación de una equivocación que invalidaba ab initio la oferta, equivocación que pudo ser involuntaria pero cuyas consecuencias debían pesar sobre el licitador, pues lo contrario supondría reconocer un trato favorable al licitador poco diligente en perjuicio del resto de participantes"*.

De acuerdo con el artículo 84 del RGLCAP, cuyo tenor es el siguiente: *"Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución*

*motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición". Y, dado que el PCAP es ley entre las partes, **no resulta admisible que un requerimiento aclaratorio de la oferta económica se traduzca en una modificación de la oferta realizada por la UTE FCC Aqualia SA y Codeur SA.***

Pues bien, como el PCAP impone un límite infranqueable que es el traslado del personal mínimo ofertado en el sobre b a la estructura de costes de la oferta económica, so pena de incumplir el equilibrio económico del contrato exigido en los pliegos, admitir una disminución en el personal a trasladar a los costes del contrato implicaría una mejora que ni ha sido solicitada ni puede ser valorada, pues ello atentaría contra el principio de trato igualitario a los licitadores.

Siendo necesario que la oferta se ajuste a las especificaciones de los pliegos, pues constituyen ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, *lex contractus* que vinculan no solo a los licitadores que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 139.1 de la LCSP), sino también a la administración o entidad contratante autora de los mismos.

El Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), afirma en su apartado 78 que *"(...) si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80)."*

Así, la jurisprudencia comunitaria viene reiterando que el principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar su oferta como al ser valoradas estas por la entidad adjudicadora (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Siendo este principio la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau y otros), resulta innegable que la falta de cumplimiento de esta condición técnica establecida en uno de los documentos rectores de la licitación debe aparejar la exclusión de la UTE FCC Aqualia SA y Codeur SA, porque ello supondría la

imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos y con la condiciones previamente fijadas por la Administración y aceptadas por el licitador al presentar su oferta.

Igualmente, una vez se ha concluido por la mesa de contratación que la oferta de la UTE FCC Aqualia SA y Codeur SA no ha justificado el requerimiento: *“En cualquier supuesto aun habiendo atendido el citado requerimiento ésta Mesa de Contratación entiende por unanimidad de sus miembros que no se entiende justificada la discrepancia entre la adscripción delimitada en el Sobre 2º y la ofertada y expuesta en el Estudio Económico exigible en el sobre 3º”*, este licitador ha de ser excluido, pues de admitirse se estaría infringiendo el principio de proporcionalidad -reconocido por la jurisprudencia europea (sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, asunto T- 195/08) y elevado a rango de principio de la contratación en los artículos 18 de la Directiva 2014/24/UE y 132 de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público- que exige que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos.

La Mesa de Contratación realizando una nueva valoración de la UTE FCC Aqualia SA y Codeur SA ha ido más allá de la propia discrecionalidad administrativa en su actuación, incurriendo en una auténtica arbitrariedad contra los intereses del resto de licitadores, pues está construyendo a posteriori un razonamiento técnico a partir de unas puntuaciones preexistentes, cuando en todo caso el proceso lógico debe ser el inverso.

Tampoco resulta ajustada a derecho la nueva evaluación de la oferta de la UTE FCC Aqualia SA y Codeur SA, toda vez que ya se conocen y se han valorado las ofertas económicas de los licitadores, por lo que esta nueva valoración supone infracción de lo establecido en los artículos 145 de la LCSP y concordantes del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo. En este sentido, Resolución 225/2016, de 1 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales donde se señala que: *“No podemos dejar de lado, como hemos señalado en anteriores Resoluciones (por todas las números 155/2014, de 20 de febrero, 761/2014, de 14 de octubre, 193/2015, de 26 de febrero y 673/2015, de 17 de julio), la exigencia de respetar el principio de confidencialidad y su especial vinculación con los principios de igualdad y libre concurrencia, resultando imposible efectuar una nueva valoración sujeta a juicios de valor, con posterioridad a la toma de conocimiento de las ofertas evaluables mediante fórmulas matemáticas de conformidad con lo establecido en el artículo 150.2 TRLCSP”*.

Ni resultaría ajustado a Derecho determinar que la oferta de la UTE FCC Aqualia SA y Codeur SA, incurre en error material. Pues es criterio jurisprudencial el considerar que: *“los simples errores materiales, de hecho o aritméticos, son aquellos cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica, por evidenciarse el error directamente,*

sin que sea preciso acudir a ulteriores razonamientos, ni a operaciones valorativas o aclaratorias sobre normas jurídicas, ya que afectan a un determinado suceso de manera independiente a cualquier opinión y al margen de cualquier interpretación jurídica y de toda apreciación hermenéutica”.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia 69/2000, de 13 de marzo, se refiere al error material como *“un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica, [que] no supone resolver cuestiones discutibles u opinables, por evidenciarse el error directamente”.* Más adelante lo sigue describiendo *“(…) cuando resulta evidente que el órgano judicial simplemente se equivoca al dar una cifra, al calcularla o al trasladar el resultado”.*

Por su parte, el Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de junio de 1995 (RJ 1995/4619), establece que *“(…) el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí sólo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y exteriorizándose prima facie por su sola contemplación”. Debe tratarse de “simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos”.*

En definitiva, de la doctrina expuesta se deduce que los simples errores materiales, de hecho o aritméticos, son aquellos cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica, por evidenciarse el error directamente, sin que sea preciso acudir a ulteriores razonamientos, ni a operaciones valorativas o aclaratorias sobre normas jurídicas, ya que afectan a un determinado suceso de manera independiente a cualquier opinión y al margen de cualquier interpretación jurídica y de toda apreciación hermenéutica.

Tercera.- Sobre la inadmisión de variantes en el objeto del contrato.

Dispone el art. 285.2 LCSP que: *“En los contratos de concesión de servicios la tramitación del expediente irá precedida de la realización y aprobación de un estudio de viabilidad de los mismos o en su caso, de un estudio de viabilidad económico-financiera, que tendrán carácter vinculante en los supuestos en que concluyan en la inviabilidad del proyecto. En los casos en que los contratos de concesión de servicios comprendan la ejecución de obras, la tramitación de aquel irá precedida, además, cuando proceda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 248.1, de la elaboración y aprobación administrativa del Anteproyecto de construcción y explotación de las obras que resulten precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización; y, además, de la redacción, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto de las obras.”*

Asimismo, el art. 248.5 LCSP indica que: *“Cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares lo autorice, y en los términos que este establezca, los licitadores a la concesión podrán introducir en el anteproyecto las variantes que estimen convenientes”*.

La cláusula 16 del PCAP impide la variación o alternativas sobre el objeto contrato: ***“No se admiten variantes ni alternativas sobre el objeto del contrato”***.

El objeto del contrato se determina en la cláusula 1 del PCAP, indicando donde se prestará el servicio de tratamiento de aguas residuales y el coste del mismo: *“Que el Ayuntamiento de Garrucha aportará, para la prestación de los servicios, los bienes, instalaciones y redes de propiedad municipal existentes que componen el sistema integral del servicio público de abastecimiento de agua potable, red de alcantarillado y servicio de tratamiento de aguas residuales (actualmente gestionadas por la entidad pública empresarial GESTIÓN DE AGUAS DEL LEVANTE ALMERIENSE SA del que el Ayto. de Garrucha es socio).....Que se considerará el sistema de depuración actual que se realiza mediante la depuradora compartida con otros municipios que explota Galasa mediante el futuro Convenio con el Ayuntamiento de Garrucha con un caudal tratado de 450.000 m³ y un coste unitario de 0,25€/m³ depurado. Si este coste fuera inferior, dicha diferencia de coste se convertirá en un canon anual a favor del ayuntamiento que se deberá liquidar en el primer mes del año vencido. Si este coste fuera superior, este sería asumido por el ayuntamiento, decidiendo el abono del mismo mediante una subvención o su traslado a tarifas, debiendo ser efectivo en el primer mes del año vencido.”*

Esta obligación de tener en consideración a la hora de presentar las ofertas una EDAR determinada y unos costes asociados a la misma se impone también a los licitadores en la cláusula 8 del PCAP, al indicar que en el estudio económico de la oferta se considerará el coste del servicio de depuración de la EDAR que explota Galasa: *“Se considerarán como fuentes de suministro de agua en alta las actuales, a un precio de agua en alta de 0,66 €/m³ comprado para el año 1, evolucionando al IPC anual durante toda la concesión.*

Respecto a la depuración se considerará para todo el estudio que se realiza con los medios actuales, con un coste para el año 1 de 0,25€/m³ depurado, evolucionando su coste al IPC anual durante toda la concesión.

Se deberá entregar memoria explicativa del estudio económico propuesto por los licitadores para toda la duración del contrato (25 años) entregando una cuenta de pérdidas y ganancias así como un análisis de la rentabilidad mediante el análisis de la tesorería”

El órgano de contratación en los pliegos y en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras -en este caso la prestación del servicio de depuración y el coste del mismo-, se autolimita en el ejercicio de su facultad de

apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las entidades licitadoras sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas y lo dispuesto en los artículos 248 y 285 de la LCSP.

Por ello, **se debe excluir la oferta de la UTE FCC Aqualia SA y Codeur SA**, pues al proponer la EDAR de Vera en su oferta está incumpliendo con lo dispuesto en la cláusula 16 del PCAP que proscribía la variación o alternativas sobre el objeto del contrato.

Cuarta.- Sobre la aportación de una Estación Depuradora de Aguas Residuales de la que no se es titular.

Se afirma en la resolución de la mesa de contratación de fecha 18 de enero de 2019 que: *“Sobre la consideración de la puesta a disposición de la EDAR de Vera de titularidad de la Entidad Local, no se puede ni debe incluir como medio material estricto sensu. No obstante, se le aplica la valoración correspondiente en el apartado correspondiente de la baremación del sobre 2º, pues tampoco se valora de forma desproporcionada o única o con valor esencial que provocaría la plena exclusión del resto de licitadores, de ahí el fundamento de reducción al absurdo de la propia alegación de inicio. La oferta de puesta a disposición de la EDAR de Vera se ha evaluado de forma proporcional según el régimen de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor dentro de los límites y era y es una opción a la que acudir todos los licitadores en virtud de su plena autonomía de proponer soluciones eficientes sobre la depuración y tratamiento de aguas residuales al igual que otros licitadores expusieron en la oferta que habían acordado previamente la conexión a EDAR preexistente que gestiona la entidad pública empresarial GALASA. Es decir, en régimen de libre concurrencia y su plena autonomía mercantil, cualquier licitador podría haber conveniado con el titular del referido sistema general pues dicha EDAR al igual que la emplazada en Mojacar, Turre y Garrucha estaba en el entorno de gestión y plena conexión de infraestructuras, siendo cualquiera de dichas opciones válida tanto técnica como jurídicamente para ofertarlas, sin perjuicio de otras ofertas.”*

En fecha 27 de agosto de 2018, se acuerda por el pleno del Excmo. Ayuntamiento de Vera sobre lo que entiende la mesa de contratación como *“puesta a disposición de la EDAR de Vera”* que: *“TERCERO: En el supuesto que en la conformación de la oferta que se presentase por la UTE Aqualia/Codeur, se previese la utilización de EDAR de Vera, deberá procederse a la subcontratación de las prestaciones de la misma por la referida UTE, que queda supeditado, al Convenio Interadministrativo de Colaboración de los Ayuntamientos de Garrucha y Vera, que concrete las condiciones para la utilización de la referida infraestructura pública y que deberá ser aprobado por el Pleno de la Corporación.”*

La Mesa de contratación no puede valorar en la oferta de la UTE FCC Aqualia SA y Codeur SA, la puesta a disposición de una instalación de la que no es titular, y a la que el municipio de Vera la somete a: **Subcontratación** (sin constar los términos de este acuerdo ni el coste del servicio de depuración); **a la firma de un futuro Convenio Interadministrativo** de Colaboración entre los Ayuntamientos de Garrucha y Vera que concrete las condiciones de utilización de la EDAR; y **a su posterior aprobación por el Pleno de la Corporación.**

Tampoco puede ser objeto de valoración la puesta a disposición de la EDAR de Vera por la UTE FCC Aqualia SA y Codeur SA, pues esta puesta a disposición no es una solución para todo el periodo contractual, ya que, **la puesta a disposición queda limitada al plazo de 8 años que como máximo de vigencia de los Convenios administrativos se fija por el Tribunal Constitucional en su sentencia 132/2018, de 13 de diciembre de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 3774-2016.**

Igualmente, la puesta a disposición de la EDAR de Vera por parte de Codeur SA. como miembro de la UTE, también quedaría supeditada a la modificación del contrato que Codeur S.A. tiene con el Ayuntamiento de Vera, ya que, la entrada de la totalidad del agua residual del municipio de Garrucha en la EDAR supone en si misma una modificación contractual. Pues el artículo 6 LCSP excluye de su ámbito de aplicación los convenios se celebran las administraciones y los particulares si el objeto del convenio coincide con el de alguno de los contratos típicos o con el de un contrato administrativo especial, siendo de aplicación la LCSP con todas sus consecuencias: *"los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales"*.

Por cuanto se ha razonado, puede concluirse que no se debe valorar la puesta a disposición de la EDAR de Vera, y que en caso de valorarse se debería anular la valoración por incurrir en restricción a la libre competencia del resto de licitadores, en tanto, la única empresa que puede realizar las gestiones para su uso es Codeur S.A como titular de un contrato administrativo con el Ayuntamiento de Vera.

Quinta.- Sobre el incumplimiento de los pliegos por la UTE FCC AQUALIA y CODEUR.

Según se establece en el apartado B. Estudio Económico del SOBRE N° 3- Documentación cuya baremación no depende de un juicio de valor, "Propuesta Económica", incluido en el PCAP:

"1. No se admitirán ofertas en las que no se justifique el beneficio razonable del contratista, o en las que manifiestamente se observe un desequilibrio económico a lo largo del contrato que no justifique la viabilidad del mismo.

2. Se deberá entregar memoria explicativa del estudio económico propuesto por los licitadores para toda la duración del contrato (25 años) entregando una cuenta de pérdidas y ganancias así como un análisis de la rentabilidad mediante el análisis de la tesorería.”

De igual forma, el artículo 6 Medios Personales y Materiales del servicio, incluido en el PPT, indica:

“1. La organización y dirección de los servicios corresponde al Concesionario, que deberá especificar en la oferta el personal que, debidamente justificado, comprometiese a tener adscrito al servicio al 100% de dedicación exclusiva en el Servicio para atender y cumplir todos los deberes derivados de este Contrato. Dicho personal, en ningún caso tendrá relación laboral, contractual, funcionarial o de naturaleza alguna con el Ayuntamiento.

2. Cualquier variación y/o sustitución de personal, deberá ser razonada y puesta en conocimiento de los Servicios Técnicos Municipales para su informe y aprobación por el órgano competente del Ayuntamiento, si así procediera.

3. El Adjudicatario dispondrá del personal necesario en cada momento para la buena ejecución de los trabajos incluidos en el contrato. No obstante, estará obligado a mantener un personal mínimo especificado en el PCAP que deberá quedar plenamente reflejado en la oferta, y que contemplará el equipo equivalente y la estimación de personal de sustitución necesario, de modo que queden cubiertos todos los puestos ofertados, cubriendo bajas, vacaciones, absentismos, permisos, horas sindicales, etc.

4. El Adjudicatario se compromete a mantener la plantilla existente en el inicio de la prestación del servicio durante toda la duración del contrato.

5. Todo el personal que emplee el Concesionario para la prestación de sus servicios deberá percibir, como mínimo, los haberes o jornales fijados en las correspondientes reglamentaciones laborales, y estará en todo momento al corriente de los pagos de las cuotas de la Seguridad Social y demás cargas sociales establecidas. A estos efectos se evaluará y se tendrá en cuenta los precios de mercado, a tenor de las características requeridas para el personal, según lo expuesto anteriormente en este apartado.”

En base al PCAP, para la determinación de la oferta económica, se utilizarán como datos de partida los incluidos en el anteproyecto de explotación y costes del contrato aprobados por el Ayuntamiento, debiendo estos ser coincidentes con los datos que han sido presentados en la oferta técnica.

A partir de dichos datos aprobados por el Pleno del Ayuntamiento, se elabora el estudio económico-financiero de la explotación, considerando el horizonte temporal de 25 años que se establece en el expediente de contratación, y como hipótesis de crecimiento un incremento de ingresos tarifarios y costes unitarios del 1,50% anual sin variación, igualmente establecido en el expediente de licitación.

Una vez proyectados los ingresos y gastos durante todo el período de la concesión en base a las anteriores hipótesis, se realiza la proyección del cash flow y de los flujos de caja del proyecto para el mismo período temporal, y se calcula el importe del canon ofertado, utilizando el valor actual de los flujos monetarios netos, o descuento de flujos de efectivo.

Calculando el valor actual o descontado de los flujos de caja del proyecto, se obtiene una TIR (tasa interna de rentabilidad), que debe ser superior al Promedio Ponderado del Coste de Capital (WACC) para poder concluir que, con la proposición económica propuesta, el proyecto es viable económica y financieramente, obteniéndose un beneficio razonable y manteniendo un equilibrio económico a lo largo del contrato, que como se ha indicado más arriba, es condición para la admisión de las ofertas.

En este sentido, señala el PCAP que *"no se admitirán ofertas en las que no se justifique el beneficio razonable del contratista, o en las que manifiestamente se observe un desequilibrio económico a lo largo del contrato que no justifique la viabilidad del mismo"*.

Pues bien, en base a lo anterior, sorprende que habiéndose propuesto en el anteproyecto de explotación como un valor de referencia, una plantilla de 9 trabajadores adscritas 100% al servicio durante toda la duración de la concesión, y ofertando Hidralia una plantilla de 5 trabajadores, UTE VALORIZA AGUA-Talleres y Grúas González una plantilla de 8 trabajadores y AMEDIDA una plantilla de 9 trabajadores, la UTE formada por FCC AQUALIA y CODEUR oferten una plantilla de 19 trabajadores. **Evidentemente muy superior a la media del resto de ofertas, exactamente un 259% más.**

No parece descabellado pensar, que se trata de un error por parte del licitador, pues no podría pensarse que los trabajadores propuestos para llevar a cabo el objeto de la concesión, por parte de la UTE formada por FCC AQUALIA y CODEUR, vayan a ser bastante menos eficientes (en relación 1 a casi 3) que los trabajadores propuestos por el resto de licitadores. Para realizar el mismo trabajo objeto de la concesión que 1 trabajador del resto de licitadores, la UTE FCC AQUALIA y CODEUR necesitaría 3 trabajadores.

De ser así, y conforme a lo expuesto en los puntos anteriores, estaríamos ante un error no subsanable y por consiguiente motivo de exclusión automática.

En este sentido la mesa de contratación, después de la apertura del sobre 3º Criterios cuya ponderación no dependen de un juicio de valor, y apreciando tras el análisis de la documentación aportada en el Estudio Económico Financiero por la UTE FCC AQUALIA y CODEUR, que no existía adecuación entre el número de trabajadores adscritos al servicio incluidos en el sobre 2º

y los costes incluidos en el estudio económico del sobre 3º, les formula requerimiento para que justifiquen la no coincidencia.

En respuesta a dicho requerimiento, transcrita en el acta de la mesa de contratación de 18/01/2019, la UTE formada por FCC AQUALIA y CODEUR confirma que el número de trabajadores ofertados incluidos en el sobre 2º es efectivamente de 19, y que la incoherencia con respecto al coste incluido en el estudio económico del sobre 3º, se debe a que además de incluir el coste correspondiente a los 19 trabajadores adscritos al servicio al 100% y con dedicación exclusiva, en cumplimiento de los pliegos, han incluido además el coste correspondiente a 7 trabajadores adicionales como personal de apoyo.

Parece desprenderse entonces, que la disparidad en cuanto al número de trabajadores necesario para realizar el mismo trabajo, es aún mayor, necesitando la UTE FCC AQUALIA y CODEUR 26 trabajadores, cuando HIDRALIA lo haría con 5 (21 trabajadores menos), UTE VALORIZA AGUA-Talleres y Grúas González con 8 trabajadores (18 trabajadores menos) y AMEDIDA con 9 trabajadores (17 trabajadores menos). Necesariamente se trataría de una manifiesta pérdida de eficiencia, con un enorme coste en relación al que soportarían el resto de licitadores, y que es el previsto en el anteproyecto de explotación aprobado por el Ayuntamiento.

Llegados a este punto, es obligatorio hacerse la siguiente pregunta (por lo extraordinario que resultaría): ¿cómo es posible que si HIDRALIA asumiendo el coste de 5 trabajadores sólo pueda ofertar un canon de 4.050.000 euros, para poder obtener un beneficio razonable y mantener el equilibrio económico a lo largo del contrato tal y como se establece en los pliegos, UTE VALORIZA AGUA-Talleres y Grúas González asumiendo el coste de 8 trabajadores sólo pueda ofertar un canon de 2.220.000 euros para conseguir el mismo objetivo, y AMEDIDA asumiendo el coste de 9 trabajadores sólo pueda ofertar un canon de 3.800.000 euros para cumplir con los pliegos y no ser excluida por este motivo, y la UTE FCC AQUALIA y CODEUR haya ofertado un canon de 3.546.000 euros asumiendo el coste de 26 trabajadores?. Es presumible, que de haberse incluido en la oferta económica el coste de 26 trabajadores el Canon ofertado por la UTE FCC Aqualia S.A – Codeur S.A no hubiera llegado a el canon mínimo exigido en los pliegos de 1.525.494,15 euros, y su oferta hubiera sido inadmitida.

No olvidemos que los pliegos establecen que:

1. La organización y dirección de los servicios corresponde al Concesionario, que deberá especificar en la oferta el personal que, debidamente justificado, comprometiese a tener adscrito al servicio al 100% de dedicación exclusiva en el Servicio para atender y cumplir todos los deberes derivados de este Contrato. Dicho personal, en ningún caso tendrá relación laboral, contractual, funcional o de naturaleza alguna con el Ayuntamiento.

2. Cualquier variación y/o sustitución de personal, deberá ser razonada y puesta en conocimiento de los Servicios Técnicos Municipales para su informe y aprobación por el órgano competente del Ayuntamiento, si así procediera.

3. El Adjudicatario dispondrá del personal necesario en cada momento para la buena ejecución de los trabajos incluidos en el contrato. No obstante, estará obligado a mantener un personal mínimo especificado en el PCAP que deberá quedar plenamente reflejado en la oferta, y que contemplará el equipo equivalente y la estimación de personal de sustitución necesario, de modo que queden cubiertos todos los puestos ofertados, cubriendo bajas, vacaciones, absentismos, permisos, horas sindicales, etc.

4. El Adjudicatario se compromete a mantener la plantilla existente en el inicio de la prestación del servicio durante toda la duración del contrato.

5. Todo el personal que emplee el Concesionario para la prestación de sus servicios deberá percibir, como mínimo, los haberes o jornales fijados en las correspondientes reglamentaciones laborales, y estará en todo momento al corriente de los pagos de las cuotas de la Seguridad Social y demás cargas sociales establecidas. A estos efectos se evaluará y se tendrá en cuenta los precios de mercado, a tenor de las características requeridas para el personal, según lo expuesto anteriormente en este apartado.

7. No se admitirán ofertas en las que no se justifique el beneficio razonable del contratista, o en las que manifiestamente se observe un desequilibrio económico a lo largo del contrato que no justifique la viabilidad del mismo.

Como referencias un simple ejemplo, redondeando valores por simplificación, donde los ingresos estimados para el primer año son de aproximadamente 1.300.000 euros, el coste de 9 trabajadores -200.000 euros, compra agua -500.000 euros, costes de mantenimiento -250.000 euros, costes indirectos -70.000 euros, amortización canon -160.000 euros y provisión insolvencias -40.000 euros. El resultado de sumar estos importes sería de 80.000 euros de beneficio para el primer año, que se correspondería con el 6% sobre los ingresos. Estos datos son una aproximación de los previstos en el anteproyecto de explotación aprobado por el Ayuntamiento, incluyendo la amortización del canon ofertado por UTE FCC AQUALIA y CODEUR, y con el coste de 9 trabajadores.

Si con estos mismos datos, incluimos el coste de los 26 trabajadores que UTE FCC AQUALIA y CODEUR ha confirmado que están incluidos en el modelo económico del sobre 3º, 19 trabajadores adscritos al 100% y 7 trabajadores de apoyo (supongamos un mínimo de dedicación del 10%), lo que podría significar un coste total de -500.000 euros años, es decir, -300.000 euros adicionales (coste 26 trabajadores ofertados -500.000 euros, menos coste de 9 trabajadores del

ejemplo -200.000 euros), esto significaría que el primer año en lugar de obtener un beneficio de 80.000 euros (el 6% de los ingresos), se obtendría una pérdida de -220.000 euros.

Pérdida que se iría replicando cada año hasta la finalización de la concesión, salvo incremento extraordinario de tarifas de más del 20%, o reducción de costes de igual magnitud, situaciones ambas prohibidas por los pliegos rectores de la licitación.

No debe ser tampoco admitida la oferta que no se justifique el beneficio razonable del contratista, o en las que manifiestamente se observe un desequilibrio económico a lo largo del contrato que no justifique la viabilidad del mismo.

A la luz de lo anteriormente expuesto, se observa que existen 3 licitadores que han realizado ofertas razonables con diferencias aceptables, y 1 licitador que ha presentado una oferta estrambótica, muy equidistante de la del resto de licitadores, no justificando ni tan siquiera las discrepancias existentes entre lo ofertado en el sobre 2º y el sobre 3º, tal y como se transcribe en el acta de la mesa de contratación de 18/01/2019, "(...) *aún habiendo atendido el citado requerimiento, ésta Mesa de Contratación entiende por unanimidad de sus miembros, que no queda justificada la discrepancia entre la adscripción delimitada en el Sobre 2ª y la ofertada y expuesta en el Estudio Económico exigible en el sobre 3ª (...)*", y por tanto debiendo ser excluida del procedimiento, por incoherencia en la oferta presentada, error no subsanable, por no haber justificado en el estudio económico el beneficio razonable preceptivo ni el equilibrio económico a lo largo del contrato, en definitiva por haber presentado una oferta que certeramente es inviable respetando lo previsto en los pliegos.

En virtud a lo expuesto,

SOLICITO AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA: Que se sirva a admitir este escrito con su copia y los documentos que lo acompañan, y a su vista tenga por interpuesto **RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN** contra la propuesta de adjudicación de la mesa de contratación en el Contrato de Concesión de servicios de Abastecimiento de Agua Potable, servicio de gestión de Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Residuales en el municipio de Garrucha (Expte. 2018/049530/006-2017/00001) de fecha 18 de enero de 2019, y contra la resolución de la mesa de contratación por la que se desestiman las alegaciones formuladas contra la misma de fecha 25 de febrero de 2019, a fin de que de conformidad al art. 149 LCSP y 84 RGLCSP excluya de la clasificación la oferta de la UTE FCC Aqualia S.A. y Codeur S.A y acuerde la adjudicación a favor de la siguiente mejor oferta clasificada en la propuesta de adjudicación de la mesa de contratación en el Contrato de Concesión de servicios de Abastecimiento de Agua Potable,

servicio de gestión de Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Residuales en el municipio de Garrucha (Expte. 2018/049530/006-2017/00001) de fecha 18 de enero de 2019.

OTROSÍDIGO: Que conforme a lo dispuesto en el artículo 49 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 TRLCSP, solicitamos que se adopte como **MEDIDA CAUTELAR** la suspensión del procedimiento de licitación. Pues si se estimase el presente recurso se debería modificar la propuesta de adjudicación del contrato.

En Sevilla, a 11 de marzo de 2019.

24269188W
JORGE FELIPE
PALOMINO (R:
A41461856)

Firmado digitalmente por 24269188W
JORGE FELIPE PALOMINO (R: A41461856)
Nombre de reconocimiento (DN):
2.5.4.13=Ref:AFAT7/5:5AT0436/PUESTO
1/34583/29012/19125910,
serialNumber=DCL5-24269188W,
givenName=JORGE FELIPE, sn=PALOMINO
MORALES, cn=24269188W J. RGF FELIPE
PALOMINO (R: A41461856),
2.5.4.37=VATES-A41461856, o=HIDRALIA
GESTION INTEGRAL AGUAS AND. SA, c=ES
Fecha: 2019.03.12 10:18:04 +01'00'

Fdo.: Jorge Felipe Palomino Morales