

**RECURSO 97/2015  
RESOLUCIÓN 3/2016**

**Resolución 3/2016, de 28 de enero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se estima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Valoriza Servicios Medioambientales, S.A. frente al Acuerdo del Consejo de Administración de la Sociedad Municipal Aguas de Burgos, S.A.U. de 29 de octubre de 2015, por el que se excluye a la empresa recurrente del procedimiento de licitación del contrato de servicio de retirada y posterior tratamiento de los lodos en la planta de tratamiento de biosólidos, procedentes y/o recogidos en la estación depuradora de aguas residuales (EDAR) de Burgos y en la estación de tratamiento de agua potable (ETAP) en Arlanzón (expte. 2/2015).**

**I****ANTECEDENTES**

**Primero.-** La Sociedad Municipal Aguas de Burgos, S.A.U. convocó procedimiento abierto, con un único criterio de adjudicación, para la licitación del contrato de servicios de retirada y posterior tratamiento de los lodos en la planta de tratamiento de biosólidos, procedentes y/o recogidos en la estación depuradora de aguas residuales (EDAR) de Burgos y en la estación de tratamiento de agua potable (ETAP) en Arlanzón, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 2 de mayo de 2015 y en el perfil de contratante.

**Segundo.-** Por Acuerdo del Consejo de Administración de la Sociedad Municipal de 29 de octubre de 2015 se excluye del procedimiento de licitación del referido contrato a la empresa Valoriza Servicios Medioambientales, S.A. por considerar que su oferta incluye valores anormales o desproporcionados no justificados adecuadamente. Este Acuerdo se notifica a la empresa recurrente el 13 de noviembre de 2015.

**Tercero.-** Previo anuncio al órgano de contratación, el 26 de noviembre Valoriza Servicios Medioambientales, S.A., representada por D.

yyyy, presenta ante este Tribunal un recurso especial en materia de contratación contra el referido Acuerdo de exclusión. En él discrepa de la decisión adoptada y solicita su anulación por entender que su informe de 23 de septiembre de 2015 justifica suficientemente su oferta, que es susceptible de normal cumplimiento tal y como puso de manifiesto un primer informe técnico emitido el 24 de septiembre de 2015 por el Jefe de Depuración de Aguas y Control de Vertidos de la Sociedad Municipal, que obra en el expediente, el cual resulta contradictorio con el encargado por el órgano de contratación un día antes, el 23 de septiembre, a uno de los técnicos de laboratorio de la empresa pública, subordinado de aquél, que fue emitido el 16 de octubre y fundó el acuerdo de exclusión.

Solicita la suspensión del procedimiento de adjudicación y la práctica de prueba testifical-pericial del Jefe de Depuración de Aguas y Control de Vertidos de la Sociedad Municipal Aguas de Burgos, S.A.U.

**Cuarto.-** El 3 de diciembre se recibe en el Tribunal el expediente y el informe del órgano de contratación, que se opone a la suspensión solicitada y a la estimación del recurso y propone la práctica de prueba testifical del Director-Gerente de la Sociedad Municipal.

**Quinto.-** Ha sido acordada por el Tribunal la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación (Acuerdo 27/2015, de 14 de diciembre), que fue solicitada por el recurrente.

**Sexto.-** El 15 de diciembre se requiere del órgano de contratación la emisión de informe complementario al de 3 de diciembre de 2015, ya que éste último no analizaba las alegaciones del recurso de oposición al segundo informe técnico de 16 de octubre de 2015, que sirvió de base a su exclusión en los aspectos del coste del transporte, del agente estructurante, de consumo de combustibles y de costes asociados al servicio no imputados en el precio.

Se solicita a su vez que, "presentadas el 10 de diciembre de 2015 en el Tribunal alegaciones complementarias, tras la vista del expediente concedida a la recurrente, el informe del órgano de contratación deberá pronunciarse sobre su contenido, con el detalle necesario que permita a este Tribunal conocer el motivo de la incorporación al expediente de los dos informes técnicos en cuestión, contradictorios entre sí, con remisión de las

determinaciones que contengan las instrucciones de contratación de esa Entidad referentes a la emisión de los informes en caso de ofertas con valores anormales o desproporcionados, e identificación del servicio a que se refiere el artículo 152.3 del TRLCSP (“En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”), con mención de los puestos de trabajo que lo integran, funciones asignadas a los mismos e identificación de sus titulares”.

El referido informe, junto a la documentación que lo acompaña, en la que no figuran las instrucciones de contratación ni los datos requeridos sobre los puestos de trabajo del servicio correspondiente y sus titulares, tiene entrada en este Tribunal el 29 de diciembre de 2015.

**Séptimo.-** El 19 de enero de 2016 se dio traslado del recurso a los restantes licitadores a fin de que formularan las alegaciones convenientes a su derecho. El 25 de enero de 2016 la empresa Aguas de Valencia, S.A. presenta alegaciones en las que, por las consideraciones que expone, solicita la desestimación del recurso.

## **II FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**1º.-** La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

**2º.-** Se acredita en el expediente la legitimación de Valoriza Servicios Medioambientales, S.A. para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

Sobre el requisito de admisibilidad del primer párrafo del artículo 40.1 del TRLCSP, referente a que se trate de un contrato que pretenda concertar una entidad que ostente la condición de poder adjudicador, si bien no ha sido remitida la escritura de constitución de la Sociedad Municipal a fin de verificar

el cumplimiento de las condiciones del artículo 3.3.b) del TRLCSP, las Instrucciones de ámbito interno de la referida Sociedad Municipal "reguladoras del procedimiento para la adjudicación de contratos de importe superior a 50.000 euros (IVA excluido) y no sujetos a regulación armonizada", se refieren en la disposición adicional única a los "Contratos Sujetos a Regulación Armonizada", sobre los que señala que "La adjudicación de los contratos que celebre la sociedad por superar las cifras que se fijen por la Comisión Europea a las que el Ministerio de Economía y Hacienda dé publicidad en virtud de lo previsto en la Disposición Adicional Undécima del TRLCSP, que tienen la condición de contratos sujetos a regulación armonizada, se sujetarán a lo previsto en el art. 190 del TRLCSP".

El mencionado artículo 190 del TRLCSP se inserta en la sección 1ª del capítulo II del título I del libro III del TRLCSP, relativa a las "Normas aplicables por los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de administraciones públicas" por lo que, a los efectos de la admisión del presente recurso, cabe entender que Aguas de Burgos, S.A.U. dispone de aquella condición.

La exclusión de los licitadores acordada por la Mesa de contratación es un acto de trámite que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento. A su vez el presente contrato de servicios está sujeto a regulación armonizada (SARA), de modo que el acto se inserta en el ámbito objetivo del recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

La presentación del recurso se ha producido dentro del plazo de 15 días hábiles desde que el licitador tuvo conocimiento de la posible infracción, que establece el artículo 44.2.b) del TRLCSP.

No ha sido admitida la prueba propuesta por las partes por considerarla innecesaria para la resolución del asunto.

**3º.-** La solución de fondo de la cuestión planteada en el recurso exige tener muy presente el régimen jurídico de aplicación al presente contrato, para dilucidar si la exclusión de la oferta de la recurrente, por considerarla insuficientemente justificada y no susceptible de normal cumplimiento, se ajustó al régimen jurídico de la contratación del sector público contenido en el TRLCSP y normativa de desarrollo, y a lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares rector del contrato (PCAP).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 190.1 del TRLCSP, la adjudicación de los contratos SARA que celebra Aguas de Burgos, S.A.U. se sujeta a las normas del capítulo I del título I del libro III TRLCSP, relativas a la "Adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas", con las siguientes adaptaciones:

"a) No serán de aplicación las normas establecidas en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 150 sobre intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos, en los apartados 1 y 2 del artículo 152 sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas, en el artículo 156 sobre formalización de los contratos sin perjuicio de que deba observarse el plazo establecido en su apartado 3 y lo previsto en el apartado 5, en el artículo 160 sobre examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación, y en el artículo 172 sobre los supuestos en que es posible acudir a un procedimiento negociado para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos.

»b) No será preciso publicar las licitaciones y adjudicaciones en los diarios oficiales nacionales a que se refieren el párrafo primero del apartado 1 del artículo 142 y el párrafo primero del apartado 2 del artículo 154, entendiéndose que se satisface el principio de publicidad mediante la publicación efectuada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» y la inserción de la correspondiente información en la plataforma de contratación a que se refiere el artículo 334 o en el sistema equivalente gestionado por la Administración Pública de la que dependa la entidad contratante, sin perjuicio de la utilización de medios adicionales con carácter voluntario".

Entre las adaptaciones que prevé esta disposición interesa al caso planteado la referente a que "No serán de aplicación las normas establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 152 sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas".

En este supuesto, la adjudicación del contrato se realiza mediante procedimiento abierto a través de un único criterio de adjudicación -el precio-, por lo que no resultaría aplicable el artículo 152.1 del TRLCSP, precepto que remite la apreciación del carácter desproporcionado o anormal de las ofertas a las previsiones reglamentarias: "Cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el

carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado". Los parámetros vigentes se recogen en el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, sobre "Criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas", que los diferencia en función del número de licitadores concurrentes.

Como ya se indicara en la Resolución de este Tribunal 21/2014, de 27 de febrero, al analizar el artículo 190.1.a) del TRLCSP (aunque por referencia a su artículo 152.2, por tratarse en aquel caso de un procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación) "pese a no resultar de aplicación con carácter imperativo lo dispuesto en el artículo 152.2 TRLCSP, sobre el establecimiento de parámetros para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las proposiciones, en este caso el PCAP ha optado por ello, puesto que se remite a estos efectos al indicado artículo 152. De este modo, si la justificación de la oferta desproporcionada o anormal no se realiza a satisfacción del órgano de contratación, la empresa será excluida, puesto que, de acuerdo con el artículo 145.1 TRLCSP "Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna".

En el mismo sentido puede citarse la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 407/2015, de 30 de abril, que por referencia al mismo artículo 190.1.a) del TRLCSP señala que "Ahora bien, esta previsión no significa que los Pliegos que rigen la licitación no puedan, como en el presente caso, establecer los criterios o parámetros para apreciar que una oferta esté incurso en presunción de temeridad. Lo que ocurre es que, si no hubiese referencia directa en los pliegos, no sería de aplicación lo dispuesto en los artículos 152.1 del TRLCSP y 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que se refiere a los "Criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas".

Así las cosas, en el caso analizado el PCAP no contiene referencia alguna a los criterios o parámetros para apreciar que las ofertas estén incurso en presunción de temeridad. El pliego de prescripciones técnicas (PPT) tampoco alude a tal cuestión. Ello obliga a concluir que, de conformidad con el artículo 190 TRLCSP y la doctrina expuesta, no resultan de aplicación en la adjudicación de este contrato los artículos 152.1 del TRLCSP y 85 del RGLCAP o, lo que es lo mismo, no cabe apreciar que ninguna de las ofertas presentadas a la licitación incurra en valores anormales o desproporcionados.

Pese a ello, la Mesa de contratación en aplicación de los citados artículos (152.1 del TRLCSP y 85 del RGLCAP), tras formular requerimiento para la justificación de la baja, consideró insuficiente la ofrecida por la empresa recurrente Valoriza Servicios Medioambientales, S.A. y acordó por este motivo la exclusión del procedimiento de licitación ahora impugnada. Este Acuerdo se adoptó con infracción del artículo 190.1.a) y del PCAP y, en consecuencia, debe ser anulado. Su anulación ha de conllevar necesariamente la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente posterior a la apertura de las proposiciones económicas de los licitadores a fin de que se adjudique el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, que ha de ser la de precio más bajo por disposición del artículo 150.1 del TRLCSP y la cláusula 1 del PCAP del presente contrato.

La apreciación de la infracción señalada hace innecesario el análisis de la trascendencia que, para la validez del procedimiento seguido para la justificación de la baja, representa la irregularidad que supone que consten en el expediente tramitado a tal fin dos informes técnicos contradictorios, uno emitido por el Jefe del Servicio competente por razón de la materia a la que afecta el contrato y otro por un técnico del mismo Servicio directamente designado por el órgano de contratación, protocolo de actuación que este Tribunal considera más que recomendable evitar en lo sucesivo, en aras de lograr la transparencia que demanda la tramitación de los procedimientos, particularmente intensificada en los que como el presente se resuelven en concurrencia competitiva, y que el artículo 1 del TRLCSP eleva a principio rector de la contratación del sector público.

En su virtud y al amparo de lo establecido en los artículos 47 TRLCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

### **III ACUERDA**

**PRIMERO.-** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Valoriza Servicios Medioambientales, S.A., en los términos expuestos, y declarar la nulidad del Acuerdo del Consejo de Administración de la Sociedad Municipal Aguas de Burgos, S.A.U., de 29 de octubre de 2015, por el que se excluye a la empresa recurrente del procedimiento de licitación del contrato, y la de los actos posteriores que, en su caso, se hayan adoptado, así como ordenar la retroacción del procedimiento al momento señalado para que por el órgano de contratación se acuerde la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa conforme al artículo 150.1 del TRLCSP.

**SEGUNDO.-** Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por este Tribunal.

**TERCERO.-** Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 49 del TRLCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k de la LJCA).