

TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO Nº.- 25/2020

RESOLUCIÓN Nº.- 30/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA**

En Sevilla, a 4 de Agosto de 2020.

Visto el escrito presentado por J.L.G.G., en nombre y representación de la mercantil AMBIENTAL Y SOSTENIBLE, S.L., mediante el que se interpone recurso especial en materia de contratación contra los Pliegos rectores de la licitación del contrato de "Contratación del servicio de gestión de los lodos procedentes de las Estaciones Depuradoras de Aguas Residuales urbanas (EDAR) y de la Estación de Tratamiento de Agua Potable (ETAP) Carambolo de EMASESA", Expediente 076/20, tramitado por la Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla (en adelante EMASESA) este Tribunal adopta la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 23 de junio de 2020 se remite al DOUE anuncio de licitación del contrato de servicios, sujeto a regulación armonizada, descrito en el encabezamiento, con un valor estimado de 10.563.000 €, tramitándose mediante procedimiento abierto, con múltiples criterios de adjudicación.

La licitación se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público, junto con los Pliegos y Anexos correspondientes, el día 25 de dicho mes.

Del Pliego de Cláusulas Administrativas, han de destacarse, por lo que al recurso interesa, las siguientes previsiones:

3. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO.

Conforme a la legislación de contratación pública, EMASESA es un poder adjudicador no Administración Pública, conforme a lo establecido en el art. 3.3.d) de la LCSP. Las relaciones jurídicas que puedan establecerse entre EMASESA y los licitadores o adjudicatarios son de naturaleza privada, rigiéndose por lo dispuesto en el RDL 3/2020, o, en su caso, preceptos aplicables de la LCSP, y, subsidiariamente, por el derecho privado.

En los documentos contractuales, se podrá establecer la sujeción de esta contratación a determinados artículos de la LCSP, aunque estos, en principio, no sean de aplicación obligatoria a los procedimientos de contratación de EMASESA.

4. CAPACIDAD PARA CONTRATAR Y PARA PRESENTAR UNA PROPOSICIÓN.

4.1. CONDICIONES GENERALES

De conformidad con lo dispuesto en el art. 30 del RDL 3/2020, podrán contratar con EMASESA las personas físicas o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, acrediten el cumplimiento de los criterios de selección cualitativa que se determinan en el Anexo 1 de este Pliego y no estén incurso en ninguna de las prohibiciones de contratar con el sector público establecidas en la LCSP.

4.2. INTEGRACIÓN DE SOLVENCIA CON MEDIOS EXTERNOS

El licitador podrá recurrir a la integración de la solvencia con medios externos. Si resultara adjudicatario, EMASESA podrá exigir que el adjudicatario y el tercero a quien haya recurrido para integrar su solvencia respondan solidariamente de la ejecución del contrato.

4.4. UNIONES TEMPORALES DE EMPRESAS

También pueden participar en la licitación de cara a resultar adjudicatarios dos o más empresarios en los que concurran las circunstancias señaladas en los párrafos anteriores y las restantes que se establezcan en este Pliego y en los Pliegos de Prescripciones Técnicas Particulares, con la finalidad de constituirse en Unión Temporal de Empresas (en adelante, UTE), u otro tipo asociativo admitido en Derecho.

5. FIANZA PROVISIONAL.

Podrá requerirse a los licitadores que constituyan previamente en la Caja General de EMASESA una fianza provisional, en el caso y por el importe que se indique en el Anexo 1. La falta de ingreso de la fianza en plazo no es subsanable, y dará lugar a la inadmisión de la oferta. No obstante, aquellos licitadores que presenten su fianza dentro del plazo, dispondrán de tres días naturales para subsanar cualquier defecto de forma que tenga.

La fianza habrá de ser depositada en cualquiera de las formas permitidas por el artículo 108 de la LCSP, para responder del mantenimiento de la oferta hasta la perfección del contrato (o hasta la constitución de la fianza definitiva, en el caso del licitador propuesto como adjudicatario), así como de la veracidad de las declaraciones de los licitadores en sus ofertas.

En caso de presentarse mediante aval o contrato de seguro de caución, éstos deberán ajustarse al modelo establecido en los Anexos 5 o 6, respectivamente, de este Pliego, aportándose el documento original. EMASESA podrá rehusar la admisión de contratos de seguro de caución o de avales provenientes de entidades que mantuvieren impagados los importes correspondientes a contratos de seguro o avales ya ejecutados treinta días naturales después de haberse recibido en la entidad el primer requerimiento de pago.

En caso de presentarse ingreso en efectivo o mediante transferencia bancaria, ésta se deberá hacer a la cuenta ES65 0182 5566 7502 0072 9556 de la Entidad BBVA, indicando el nº de expediente en el concepto de la transferencia o el ingreso.

Las fianzas provisionales depositadas se extinguirán automáticamente y serán devueltas a los licitadores una vez se haya perfeccionado el contrato. En el caso del licitador propuesto como adjudicatario, la fianza provisional responderá también conforme a lo dispuesto en los artículos 7 y 8 de este pliego, y la devolución se llevará a cabo tras la constitución de la fianza definitiva.

6.2.1. Contenido del sobre nº 1 (Documentación Administrativa)

La documentación a incluir en el sobre 1 será la indicada en el Anexo 1 de este Pliego.

EMASESA podrá requerir al licitador en cualquier momento para que acredite la veracidad de las declaraciones responsables que éste haya presentado, conforme a lo establecido en los artículos 55 y siguientes del RDL 3/2020. De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado se entenderá que el licitador ha retirado su oferta y deberá indemnizar a EMASESA por los perjuicios que le ocasionare, por importe de hasta el 3% del presupuesto de licitación.

La fianza provisional, si la hubiere, responderá de esta indemnización. A estos efectos, se habrá de tener en cuenta que las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar que se exigen, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas, además de subsistir en el momento de perfección del contrato.

7.4. PROCEDIMIENTO PARA LA CONSIDERACIÓN DE OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS.

Posteriormente, los servicios técnicos de EMASESA deberán identificar las ofertas que se hallen incursas en presunción de anormalidad conforme a los parámetros que en su caso se hayan establecido para ello en el Anexo 1 de este Pliego.

7.6. ACREDITACIÓN DE REQUISITOS PREVIOS

Aprobada la clasificación por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta para que en el plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación que se exige en la cláusula 26 del Anexo 1 de este Pliego, justificativa de:

- las circunstancias a las que se refieren los artículos 45 a 51 del RDL 3/2020, si no se hubiese aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se hubiera recurrido;
- disponer efectivamente de los medios que su hubiese comprometido a adscribir a la ejecución del contrato; y
- haber constituido en la Caja General de EMASESA la fianza definitiva que proceda.

El importe de la fianza será el que, en su caso, se indique en el Anexo 1 de este Pliego, y podrá constituirse en cualquiera de las formas permitidas por el artículo 108 LCSP, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57 del RDL 3/2020. En caso de constitución mediante aval o mediante certificado de seguro, se deberán adaptar obligatoriamente a los modelos contenidos en los Anexos 5 o 6 de este Pliego.

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalización, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de que además pueda ser causa de establecimiento de una prohibición de contratar conforme a lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71 de la LCSP.

Por su parte el Anexo I al Pliego, determina:

9.2. DURACIÓN

El contrato tendrá una duración de dos (2) años, a contar desde la firma del acta de inicio, la cual se rubricará en un plazo máximo de 10 días tras la formalización del contrato.

Se podrán realizar un máximo de dos (2) prórrogas anuales con carácter potestativo para EMASESA y obligatorias para el adjudicatario

18. CRITERIOS DE SELECCIÓN CUALITATIVA

18.1. CONDICIONES DE SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA

El volumen anual de negocios, referido al ejercicio de mayor volumen dentro de los tres últimos antes de la fecha de presentación de las ofertas deberá ser de importe igual o superior al valor estimado anualizado del contrato; esto es, 2.640.750 €.

18.2. CONDICIONES DE SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL

Los licitadores deberán haber ejecutado, en el curso de los tres últimos años, servicios similares a los que son objeto de este pliego por importe igual o superior al valor estimado anualizado del contrato; esto es, 7.922.250 €.

Cuando el licitador sea una empresa de nueva creación (entendiendo por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años), se realizará un control efectuado por el órgano de contratación. El control versará sobre la capacidad técnica del empresario y, si fuese necesario, sobre los medios de estudio y de investigación de que disponga y sobre las medidas de control de la calidad.

18.4. INTEGRACIÓN DE SOLVENCIA CON MEDIOS EXTERNOS

Se estará a lo dispuesto en la cláusula 4.2 del PCAP.

20. FIANZA PROVISIONAL

No se ha de constituir fianza provisional.

21. FIANZA DEFINITIVA

Se deberá constituir fianza definitiva cuyo importe será el 5% del importe de adjudicación sin IVA.

22. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Los criterios objetivos que se aplicarán en la evaluación de las ofertas que se presenten a la licitación, serán los siguientes:

- **Máxima Valoración Económica** (V_{max})..... **40 puntos**
- **Máxima Valoración Cualitativa** (V_{Cua})..... **60 puntos**

22.1. VALORACIÓN ECONÓMICA:

La Valoración Económica vendrá determinada por la siguiente fórmula:

Puntuación de la oferta = $V_{max} \times (\text{Precio de la oferta mínima} / \text{Precio de la oferta valorada})$

El precio de la oferta valorada se calculará a partir de la suma de los productos de los precios unitarios ofertados por la producción estimada.

22.2. VALORACIÓN CUALITATIVA (V_{Cua}):

Se valorará la oferta en función de los siguientes criterios:

A) SUJETOS A JUICIO DE VALOR.

1. **Programa de trabajo previsto** (hasta 28 puntos). Se valorará la coherencia, grado de detalle, utilidad de las medidas propuestas y el mayor conocimiento de las posibles incidencias y sus soluciones propuestas.

Para la valoración de este apartado se deberá detallar:

- Elaboración de informes agronómicos. Justificación y disponibilidad de la superficie agrícola suficiente para gestionar correctamente la producción anual de lodos (hasta 7 puntos).
- Trazabilidad y transporte de los lodos (hasta 7 puntos).
- Descripción del método de compostaje, sistema de control del proceso (materia orgánica, humedad, temperatura, microbiología, etc.), propuestas de mezcla con agentes estructurantes, medio y formas de segregar los lodos EMASESA del resto de residuos en la instalación, control de calidad (toma de muestras, frecuencia, parámetros, etc.) (hasta 7 puntos).
- Descripción de la gestión final alternativa a la aplicación directa/compostaje ante incidencias que repercutan en la calidad del lodo (incumplimiento de algún parámetro regulado por la legislación vigente en cada momento) (hasta 7 puntos). Se valorarán los siguientes aspectos:
 - Capacidad de gestión de la instalación de destino.
 - Idoneidad del proceso.
 - Grado de valorización del residuo en la opción planteada.
 - Idoneidad del programa de control de calidad propuesto.

2. **Otras mejoras sin cargo para EMASESA** (hasta 2 puntos).

Se admitirá la oferta de mejoras sobre los siguientes aspectos, que no supondrán un aumento del precio ofertado: inscripción del lodo compostado obtenido en el Registro de productos fertilizantes del Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, según las prescripciones establecidas en el RD 506/2013 sobre productos fertilizantes. Se valorarán las actuaciones que el licitador se compromete a ejecutar, tanto en explotación como de I+D y ensayos, encaminados a la futura inscripción. Se valorarán las pautas de explotación que el licitador va a seguir para garantizar la inscripción del producto: mezcla con otros productos y estructurante, dosis concretas, ensayos previos.

B) EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA.

1. **Equipos técnicos destinados al servicio** (hasta 10 puntos).

Para la valoración de este apartado, se deberá:

- Presentar una relación de los equipos que la empresa licitadora pondrá a disposición del servicio, así como características principales y si su dedicación será parcial o total. No se valorarán flotas completas. En la oferta debe quedar clara la relación de vehículos que realizarán el servicio. Para la valoración de este apartado se considera:

- La antigüedad media de los vehículos asignados al servicio. El parque de menor antigüedad obtendrá la máxima puntuación y el resto de forma proporcional (hasta 5 puntos).
- El número de vehículos (cabezas tractoras y semirremolques) asignados al servicio por encima del mínimo establecido en el punto 5.6 del PPTP. Se otorgará la mayor puntuación a la oferta que adscriba mayor número de semirremolques.

En caso de empate, se otorgará al que más cabezas tractoras comprometa. Si persiste el empate, se otorgará la máxima puntuación a todas las ofertas empatadas. El resto se valorará con 4, 3, 2 y 1 punto, en función de la clasificación alcanzada atendiendo al citado criterio. Repartidos los puntos del 5 al 2, el resto de ofertas que adscriban medios adicionales, si las hubiere, recibirán 1 punto (hasta 5 puntos).

2. Distancia desde instalaciones productoras hasta plantas de compostaje

23. PARÁMETROS OBJETIVOS PARA IDENTIFICAR OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS Y PROCEDIMIENTO PARA SU EXCLUSIÓN O ADMISIÓN

No se considerará que haya ofertas anormalmente bajas.

24. LUGAR Y FORMA DE PRESENTACIÓN DE OFERTAS

Se estará a lo dispuesto en la cláusula 6.1 de este Pliego.

SEGUNDO.- Con fecha 16 de julio, tiene entrada en el Registro Electrónico gob.es, recurso especial en materia de contratación, interpuesto por J.L.G.G., en nombre y representación de la mercantil AMBIENTAL Y SOSTENIBLE, S.L., contra los Pliegos rectores de la licitación del contrato de “**Contratación del servicio de gestión de los lodos procedentes de las Estaciones Depuradoras de Aguas Residuales urbanas (EDAR) y de la Estación de Tratamiento de Agua Potable (ETAP) Carambolo de EMASESA**”, el cual se remite, a través de ORVE (Oficina de Registro Virtual de Entidades) al Ayuntamiento de Sevilla.

La documentación remitida por el Registro General del Ayuntamiento, se recibe en este Tribunal con fecha 17 de julio, trasladándose a la unidad tramitadora del expediente, la interposición del recurso y solicitando a ésta la remisión del expediente e informe a que se refiere el art. 56.2 de la LCSP, el día 20 posterior. La documentación remitida por parte de la citada unidad, tiene entrada en este Tribunal el 21 de julio, ampliándose en los días posteriores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Procede, en primer término, el estudio y consideración de la acción ejercitada por el recurrente, habida cuenta de que nos encontramos ante un procedimiento de contratación tramitado por un poder adjudicador, no Administración Pública, como es EMASESA, que tiene la consideración de Entidad Contratante del Sector del Agua (Disposición Adicional 8ª LCSP 9/2017, Artículos 5 y 8 R.D. 3/2020).

En efecto, EMASESA, es una entidad sujeta en su contratación al Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español las directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, conforme al cual (art. 5), EMASESA es una entidad contratante dedicada a una de las actividades reguladas en dicha ley (art. 8), estando el contrato igualmente sujeto a la misma al tratarse de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera el umbral establecido en su art. 1, no encuadrándose entre las exclusiones previstas, lo que determina que el régimen de impugnación será el previsto en los art. 119 y siguientes de la misma, procediendo, en consecuencia, la reclamación prevista en el citado Real Decreto

En este sentido, el propio Pliego de Cláusulas Administrativas dispone que el contrato se encuentra sujeto a en el RDL 3/2020, o, en su caso, preceptos aplicables de la LCSP, y, subsidiariamente, por el derecho privado (Cláusula 3).

En cualquier caso, y si bien es cierto que el escrito presentado reviste la forma (en cuanto a denominación) de recurso especial en materia de contratación, que no es el previsto para esta licitación, hace referencia a la norma reguladora 3/2020 y a la LCSP 9/2017, amén de que el error en la calificación del recurso no es obstáculo para su tramitación, y conforme a la norma general reguladora del procedimiento administrativo, debe ser reconducido hacia la tramitación adecuada.

SEGUNDO.- Este Tribunal es competente para resolver de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120 del RDL 3/2020, y los acuerdos, que conforme a la normativa de aplicación, han sido adoptados por los órganos competentes del Ayuntamiento de Sevilla; Acuerdo de creación, por Pleno de 25 de mayo de 2012, Acuerdo de 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y acuerdo de la Junta de Gobierno de fecha 6 de julio de 2018, por el que se adapta la regulación, composición y funcionamiento del Tribunal a las nuevas prescripciones de la Ley 9/2017, aprobándose sus normas de funcionamiento.

TERCERO.- La recurrente ostenta legitimación para la interposición de la reclamación, interponiéndose ésta contra un acto susceptible de la misma, al amparo de lo previsto en el art. 119 del citado Real Decreto.

CUARTO.- En cuanto al plazo y lugar de interposición, habremos de estar a lo dispuesto en la LCSP, a cuyo régimen jurídico se remite expresamente al art. 121 del RDL 3/2020. Conforme al art. 51.3 de la LCSP:

“3. El escrito de interposición podrá presentarse en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Asimismo, podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.

Los escritos presentados en registros distintos de los dos citados específicamente en el párrafo anterior, deberán comunicarse al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible.”

El escrito de interposición ha sido presentado en el Registro Electrónico gob.es con fecha 16 de julio, remitiéndose a través de ORVE al Registro General del Ayuntamiento de Sevilla.

ORVE (Oficina de Registro Virtual) es una solución de registro completa que proporciona un servicio en la nube que permite gestionar las Oficinas de Registro de entrada/salida de una Administración, proporcionando su propio libro de registro. Adicionalmente, al contar con certificación SICRES 3.0 posibilita el intercambio de registros en formato electrónico con otros organismos conectados a la plataforma SIR (Sistema de Interconexión de Registros).

La guía sobre Procedimientos y Recomendaciones de Operación para las Entidades Integradas en ORVE, GUIA editada por Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, describe el escenario de uso de la aplicación ORVE (Oficina de Registro Virtual de Entidades), como mecanismo certificado de acceso al Registro Electrónico Común, y en el marco del Sistema de Interconexión de Registros (SIR). Ambas soluciones, ORVE y SIR, persiguen el objetivo de facilitar a la Administración Pública la interconexión de sus registros, tanto presenciales como electrónicos, y minimizar la gestión y tránsito del papel entre Administraciones, con el consiguiente beneficio al ciudadano y ahorro de costes para la Administración.

Conforme a la información publicada:

“3.2.1 Plazos de Presentación del Ciudadano El justificante de registro generado en ORVE deberá ser entregado al ciudadano como justificante válido para la fecha y hora de presentación del registro ante la Administración.

3.2.2 Plazos de Tramitación para la Administración El inicio del cómputo de plazos para la Administración, se producirá cuando tenga entrada en el Registro del órgano competente para la tramitación, momento en el que se ha debido confirmar el registro en ORVE, y en base a lo recogido en la Orden Ministerial HAP/566/2013, de 8 de abril, que regula el Registro Electrónico Común.”

A la vista de lo expuesto, se considera que el recurso se halla interpuesto en plazo, no procediendo la alegación de inadmisión por extemporáneo, manifestada por el Órgano de Contratación.

QUINTO.- Entrando ya en el fondo del asunto, del escrito de interposición puede concluirse que el mismo se fundamenta en la petición de nulidad de las siguientes cláusulas de los Pliegos:

- .-cláusula 6.2.1 del PCAP Contenido del Sobre, párrafo 2,
- .-cláusula 18 del Anexo I al PCAP, Criterios de Selección Cualitativa.
- .-cláusula 23 del Anexo I, PARÁMETROS OBJETIVOS PARA IDENTIFICAR OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS Y PROCEDIMIENTO PARA SU EXCLUSIÓN O ADMISIÓN.

Finalmente, y mediante OTROSÍ, amparándose en el artículo 53 LCSP, alude a la suspensión de la tramitación del procedimiento de adjudicación, hasta tanto se resuelva el Recurso.

En relación con la suspensión, y como señala el Órgano de Contratación en su informe, el art. 53 determina la suspensión *ope legis* cuando el acto recurrido es la adjudicación, destacando que “ha de indicarse que la reclamación presentada (erróneamente denominada “recurso especial en materia de contratación” por el reclamante) se dirige contra el contenido de los pliegos, y por tanto queda excluida de los supuestos de suspensión automática del artículo 53 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), de aplicación conforme a lo dispuesto en el artículo 101 del RDL 3/2020, aludido en el suplico de la reclamación. Y es que dicho artículo indica expresamente:

“Una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, sin perjuicio de las medidas cautelares que en relación a estos últimos podrían adoptarse en virtud de lo señalado en el artículo 56.3.”

Defiende así el informe que “No habiendo el reclamante interesado la adopción de medidas cautelares, y dada la importancia indiscutible que tiene para EMASESA y para el interés público que persigue su actividad el servicio a cubrir con el contrato que resultará de esta licitación, entiende esta parte que no se justifica la suspensión del procedimiento.

En todo caso, la adopción de una medida del género no puede realizarse sin que por parte del reclamante se haga una ponderación del cumplimiento de los requisitos que la fundamentan: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, entre otros; lo que en la práctica no ha hecho al fiar su petición a una suspensión automática que por norma no procede.”

SEXTO.- Defiende el reclamante que la cláusula 23 del pliego de Condiciones, al excluir la posibilidad de rechazar una propuesta por ser anormalmente baja, infringe el RDL 3/2020 que en su artículo 69 establece la obligatoriedad por parte de la Administración contratante, de identificar las ofertas anormalmente bajas, considerando que “ dicha obligatoriedad se desprende de la Exposición de Motivos del citado Real Decreto, el cual se expresa en los siguientes términos en su apartado II: “[...] *Otras novedades destacables consisten en la obligación que se impone a las entidades contratantes de rechazar ofertas durante el procedimiento de ofertas anormalmente bajas cuando se detecte que no cumplen las obligaciones medioambientales, sociales o laborales que resulten de aplicación, pudiendo las entidades contratantes incluso no adjudicar el contrato a la mejor oferta cuando la misma no cumpla estas obligaciones;[...]*”

Por ello, excluir en el Pliego de condiciones “**PARÁMETROS OBJETIVOS PARA IDENTIFICAR OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS Y PROCEDIMIENTO PARA SU EXCLUSIÓN O ADMISIÓN** No se considerará que haya ofertas anormalmente bajas.”, contraviene el ordenamiento jurídico y la Normativa Comunitaria que ha dado origen a la actual modificación contenida en el Decreto.

Si bien es cierto que con la nueva normativa prima entre los criterios de adjudicación la relación calidad-precio, no es menos cierto que ello no excluye la posibilidad de rechazar las ofertas anormalmente bajas. Así mismo, para evitar la discrecionalidad de la Administración, se habrán de establecer los parámetros para tal calificación.

La Administración elude con ello e infringe los principios de economía al permitir el acceso de aquellas ofertas, que por ser excesivamente bajas, supongan una escasa o nula rentabilidad perjudicando el acceso a la licitación, a las PYMES y con ello, infringiendo nuevamente el espíritu de la norma.”

Frente a tales alegaciones, el Órgano de Contratación defiende que “hemos de oponernos a la lectura del pliego hecha por el reclamante en relación a la cláusula 23 del pliego

de Condiciones (entendiendo que se refiere al apartado 23 del Anexo 1 del PCAP **-folio 54 del expediente-**), por cuanto el artículo 69 del RDL 3/2020 no presume esa obligatoriedad.

Los pliegos de esta licitación prevén un presupuesto hecho sobre la base del coste del tratamiento de lodos por tonelada, en función de su finalidad (apartado 13 del Anexo 1 del PCAP **-folios 49 y 50 del expediente-**). En dicho parámetro, que es expresión del mercado actual y del resultado de anteriores licitaciones, se incluyen todos los costes en los que incurra el licitador para la prestación del servicio.

A partir de ahí, EMASESA no entiende oportuno, y está en su derecho de hacerlo así, de establecer un criterio económico que controle la temeridad de una oferta, pues **ya cuenta con otros medios de control** para evitar la selección de ofertas que no cuenten con los medios técnicos o humanos adecuados (compromiso indicado en el apartado 19 del Anexo 1 del PCAP **-folios 51 y 52 del expediente-** y artículo 5.6 del PPTP **-folios 110 a 112 del expediente-**), o que incurran en incumplimientos respecto al pago de proveedores, abono de salarios o modificación de las condiciones de trabajo de sus empleados (apartados 28 y 29 del Anexo 1 del PCAP **-folios 60 y 61 del PCAP-**), tratando todas ellas como condiciones especiales de ejecución y obligaciones esenciales del contrato.

Por tanto, el hecho de no haber establecido parámetros económicos para descubrir ofertas anormales, no significa que no existan otros medios para que, en caso de sospecha, puedan ser desechadas ofertas que, por presentar un coste muy bajo, puedan dar lugar a un control justificativo de los costes de la misma.”

La actual regulación de la contratación de los denominados “Sectoros Especiales”, Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, trae causa de la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del **agua, la energía, los transportes y los servicios postales**, de la cual, hemos de extraer lo dispuesto en sus siguientes Considerandos:

(55) El control del cumplimiento de dichas disposiciones legales en materia medioambiental, social y laboral se realizará en las respectivas fases del procedimiento de licitación, a saber, cuando se apliquen los principios generales aplicables a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, al aplicar los criterios de exclusión y al aplicar las disposiciones relativas a ofertas anormalmente bajas. La necesaria verificación a tal efecto se llevará a cabo con arreglo a las disposiciones pertinentes de la presente Directiva, en particular las aplicables a medios de prueba y autodeclaraciones.

(108) Las ofertas que resulten anormalmente bajas en relación con las obras, los suministros o los servicios pueden estar basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, económico o jurídico. Cuando el licitador no pueda ofrecer una explicación suficiente, la entidad adjudicadora debe estar facultada para rechazar la oferta. El rechazo debe ser obligatorio en los casos en que la entidad adjudicadora haya comprobado que el precio o el coste anormalmente bajo resulta del incumplimiento del Derecho imperativo de la Unión o del Derecho nacional compatible con este, en materia social, laboral o medioambiental, o de disposiciones del Derecho laboral internacional.

El artículo 53.5., dispone que *“Se considerarán irregulares, en particular, las ofertas que no correspondan a los pliegos de la contratación, que se hayan recibido fuera de plazo, que muestren indicios de colusión o corrupción o que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el poder adjudicador. Se considerarán inaceptables, en*

particular, las ofertas presentadas por licitadores que no posean la cualificación requerida y las ofertas cuyo precio rebase el presupuesto del poder adjudicador determinado y documentado antes del inicio del procedimiento de contratación."

Las **Ofertas anormalmente bajas** se regulan en el Artículo 84, conforme al cual:

1. Las entidades adjudicadoras exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas para las obras, los suministros o los servicios de que se trate.

2. Las explicaciones contempladas en el apartado 1 podrán referirse a lo siguiente:

a) el ahorro que permite el procedimiento de fabricación de los productos, la prestación de servicios o el método de construcción;

b) las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone el licitador para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras;

c) la originalidad de los suministros, servicios u obras propuestos por el licitador;

d) el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 36, apartado 2;

e) el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 88;

f) la posible obtención de una ayuda estatal por parte del licitador.

3. La entidad adjudicadora evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2.

Las entidades adjudicadoras rechazarán la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 36, apartado 2.

El Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, viene a incorporar de manera urgente al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

Dedica su Libro primero a la transposición al ordenamiento jurídico interno de la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios en los sectores mencionados, aproximando el régimen de los "sectores excluidos" a la regulación de la LCSP.

Entre sus novedades, el título IV regula los criterios de adjudicación introduciendo, entre otras novedades, la sustitución del principio de la oferta económicamente más ventajosa por el principio de la mejor oferta determinada preferentemente con arreglo a criterios basados en la mejor relación calidad-precio y se exige que al valorar las ofertas en las licitaciones de determinados contratos en los que el legislador ha considerado que debería primar la calidad, como son los contratos de servicios de carácter intelectual, los criterios cualitativos representen el 51 por ciento o más de la puntuación asignable.

También se introduce como novedad la declaración responsable como prueba preliminar del cumplimiento de los requisitos para contratar y se obliga a las entidades contratantes a rechazar ofertas anormalmente bajas cuando se detecte que no cumplen las obligaciones medioambientales, sociales o laborales que resulten de aplicación y se introduce la obligación de la entidad contratante de trasladar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia los indicios fundados de conductas colusorias detectadas con motivo de la sustanciación del procedimiento de contratación.

Tras señalar en su Preámbulo que *“Otras novedades destacables consisten en la obligación que se impone a las entidades contratantes de rechazar ofertas durante el procedimiento de ofertas anormalmente bajas cuando se detecte que no cumplen las obligaciones medioambientales, sociales o laborales que resulten de aplicación, pudiendo las entidades contratantes incluso no adjudicar el contrato a la mejor oferta cuando la misma no cumpla estas obligaciones”*, su articulado prevé:

Artículo 69. *Ofertas anormalmente bajas.*

1. En los casos en que la entidad contratante presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo.

*2. La entidad contratante **deberá** identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, **debiendo** contemplarse en los pliegos de condiciones, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.*

(...)

5. En todo caso, las entidades contratantes rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes en aplicación de lo establecido en el artículo 27.4.

El tenor literal del art. 69.1 y 2, viene a coincidir, sustancialmente con lo previsto en el art. 149 de la LCSP, incorporando, a diferencia de la normativa anterior, expresiones imperativas de obligación, entendiendo este Tribunal que procede la aplicación a los sectores especiales de la doctrina relativa a la cuestión del establecimiento de parámetros de anormalidad surgida a raíz de la dicción literal del art 149 de la LCSP.

En efecto, el ya derogado artículo 152 TRLCSP distinguía entre aquellos contratos en los que el único criterio valorable de forma objetiva para la adjudicación del contrato era el precio (para los que el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podía apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente), y aquellos otros contratos en los que, para su adjudicación, debía considerarse más de un criterio de valoración (supuesto, en que podían expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciaba, en su caso, la inclusión de valores anormales o desproporcionados).

En comparación con la normativa anterior, en la nueva LCSP se introducen normas más estrictas sobre las denominadas ofertas consideradas anormalmente bajas o desproporcionadas.

Así, según lo previsto en artículo 149.2 de la LCSP, la mesa o el órgano de contratación tienen la obligación de identificar las ofertas que están incursas en presunción de anormalidad, y a estos efectos, los pliegos han de prever los parámetros objetivos que permitan identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

Al amparo de la nueva Ley, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, los pliegos podrán establecer los parámetros objetivos para identificar los casos en que una oferta se considere anormal. Y cuando no lo hagan, entonces se tienen que aplicar los parámetros objetivos que establece el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el cual se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Cuando para la adjudicación del contrato se aplica más de un criterio de valoración de las ofertas, no es el reglamento, sino siempre y obligatoriamente los pliegos los que tienen que determinar los parámetros objetivos de identificación de las ofertas anormales.

La Junta Consultiva de Contratación del Estado ha publicado sendos informes que arrojan luz acerca de determinados aspectos de la regulación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad contenida en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Por un lado, en el marco del expediente 119/2018, se responde a la cuestión de si, al amparo del artículo 149 LCSP, los pliegos de cláusulas administrativas particulares deben recoger, necesariamente y en todos los casos, los parámetros objetivos que permitan identificar ofertas anormalmente bajas.

Hasta la entrada en vigor de la LCSP, la interpretación comúnmente aceptada era que en los procedimientos en que se utilice una pluralidad de criterios de adjudicación su inclusión en los pliegos resultaba potestativa, no siendo posible la declaración del carácter anormal o desproporcionado de la oferta en el caso de que tales parámetros no figurasen en los pliegos. Cabe citar a este respecto el informe de esta Junta Consultiva de 31 de marzo de 2009 (expediente 58/08). Esta conclusión se deducía del contenido de los artículos 86.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 2000 y del 136.2 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público que utilizaban la expresión “podrán expresarse” para aludir a la inclusión de los criterios objetivos de temeridad.

Sin embargo, afirma la Junta Consultiva que la expresión literal utilizada por el artículo 149.2 LCSP -“debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal”-, conduce inexorablemente a concluir que, por expresa imposición del legislador, se trata de un contenido obligatorio que se debe introducir en los pliegos en todo caso.

Así, la Junta Consultiva afirma que es obligatorio que los pliegos de los contratos recojan los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

Ahora bien, añade que cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, incluyendo los dependientes de un juicio de valor, no resulta necesario que los parámetros objetivos se establezcan respecto de todos los diferentes criterios de adjudicación, sino que es posible que se limiten solo a varios de ellos (cuando el resto de los criterios no se consideren relevantes a los efectos de determinar la temeridad), de modo que los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, deben quedar referidos a la oferta considerada en su conjunto.

En esta línea, en su Resolución 1306/2019, el TACRC señalaba que, conforme al art. 149.2.b) LCSP 2017, los pliegos deben contemplar los parámetros objetivos que deben permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormalmente baja, si bien su ausencia en el PCAP debe denunciarse al tiempo de la licitación, pues la presentación de la oferta por parte de los licitadores supone la aceptación incondicional de los pliegos, que no podrán ser impugnados excepto que concurra causa de nulidad.

Y añade que el incumplimiento en el PCAP de lo dispuesto por el art. 149.2 LCSP 2017 no encaja en ninguno de los supuestos previstos en el art. 47.1 LPACAP, sino que se trata de una infracción del ordenamiento jurídico que determina un defecto de forma en el procedimiento de adjudicación que hace que el acto de adjudicación carezca de un requisito formal, la apreciación de la viabilidad de la oferta indispensable para alcanzar el fin de dar satisfacción al interés general que con la adjudicación se pretende, siendo, por tanto, un vicio de anulabilidad y no de nulidad conforme a los arts. 40 LCSP 2017 y 48 LPACAP, por lo que la pretensión de nulidad de los Pliegos por tal causa con ocasión de la adjudicación resulta extemporánea, concluyendo que:

- la necesidad de establecer en los pliegos criterios para la apreciación de ofertas anormalmente bajas cuando existan varios criterios de adjudicación.

-la falta de previsión en los pliegos de criterios para la apreciación de ofertas anormalmente bajas no es causa de nulidad de los pliegos, sino causa de anulabilidad.

La Resolución 1187/2018 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales analizaba, a tenor del artículo 149.2 de la LCSP, las consecuencias de no haber incluido en el PCAP los parámetros objetivos que deberían permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal o desproporcionada, entendiendo que la nueva LCSP impone la obligación de establecer dichos parámetros objetivos cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación. Pero si el PCAP incumple dicha obligación, no estaremos ante un vicio de nulidad de pleno derecho.

Argumentaba la Resolución que «El precedente TRLCSP solo imponía como exigible la aplicación del procedimiento de apreciación de la viabilidad de la oferta cuando se hubiera formulada en términos que la hacen anormalmente baja cuando el único criterio de adjudicación fuese el del precio, dejando a la voluntad del órgano de contratación la introducción en el pliego de los parámetros objetivos que permitiesen identificar los casos en que una oferta se considerase anormal cuando de la utilización de una pluralidad de criterios de adjudicación se tratase.

Sin embargo, la nueva LCSP impone, mediante el empleo del verbo deber, establecer dichos parámetros objetivos cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación, ya

sometido a un solo al criterio del precio ya a varios, pues es obligación del órgano de contratación apreciar la viabilidad de la oferta.”

A la vista de lo argumentado, hemos de concluir que, teniendo en cuenta la normativa vigente, acorde al derecho comunitario, la dicción literal de los preceptos que la regulan y la doctrina expuesta, los parámetros objetivos a tener en cuenta para la consideración de la anormalidad de las ofertas han de establecerse en los Pliegos, sin perjuicio de que la inobservancia de tal incorporación conlleve un vicio de anulabilidad y no de nulidad radical o de pleno derecho, que como tal, pueda impugnarse fuera del plazo de impugnación de los Pliegos. En el caso que nos ocupa, el acto recurrido es precisamente el Pliego, por incumplir ese deber de consignación de los parámetros de anormalidad, por el vicio ha sido puesto de manifiesto en el momento procedimental oportuno, lo que determina la procedencia de la estimación de la alegación efectuada.

La estimación de tal circunstancia, determina, *per se*, la anulación de la cláusula y, con ello, de los propios pliegos objeto del presente recurso y del mismo procedimiento de contratación, junto con la retroacción de actuaciones para que el órgano de contratación pueda proceder a la aprobación de nuevos pliegos y a la apertura de nuevo plazo al objeto de que los licitadores presenten sus proposiciones, no obstante, consideramos oportuno efectuar algunas precisiones en relación con el resto de las cláusulas impugnadas.

SÉPTIMO.- Considera el reclamante que la cláusula 6.2.1 del PCAP debe ser declarada nula o, en su defecto, anulable ya que incumple nuestro ordenamiento jurídico, puesto que fija una indemnización del 3% del presupuesto de licitación en base a no cumplir con el requerimiento del artículo 140.3 LCSP, cuando en este precepto nada se estipula sobre penalización.

Manifiesta, así, que “El órgano de Contratación iguala en penalización o indemnización con esta cláusula a las ofertas de todos los que licitan con aquel al que se le adjudica, artículo 150 de la Ley 9/2017, párrafo segundo del apartado 2. Siendo completamente desproporcionado y no previsto así por nuestra Ley.

El artículo 114 de la citada Ley prevé una garantía exigible a los que licitan para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación, artículo al que se remite el RD 3/2020 en su artículo 57, pero no es admisible que esa penalización por indemnización se prevea como cláusula en el Pliego ahora impugnado”

El Órgano de Contratación, se opone a la pretensión, por dos motivos:

1) La cláusula es expresión literal del artículo 150.2 de la LCSP, que permite la posibilidad de que EMASESA adopte medidas frente a aquellos licitadores que pretendan concurrir a la licitación en fraude de los criterios de solvencia y selección, amparándose en que la ley (art. 57.1 del RDL 3/2020) y el propio procedimiento descrito en los pliegos contemplan la sustitución de la acreditación inicial del cumplimiento de requisitos para licitar por una simple declaración responsable.

El hecho de que, como normal general, se requiera la acreditación de las condiciones de la oferta únicamente al primer clasificado (cláusula 7.6 del PCAP – **folios 29 y 30 del expediente**-), no exime al licitador del control que puede efectuar el órgano de contratación sobre la falsedad

de su declaración, puesto que puede ser causa de una prohibición de contratar del artículo 71.1.e) de la LCSP, a la que se refiere también el RDL 3/2020 en su artículo 57, entre otros.

Por tanto, la cláusula objeto de reclamación es nuevamente expresión literal de la ley, y no pretende en absoluto un abuso de derecho como pretende el reclamante.

2) En todo caso, ha de recordarse que la imposición de penalidades, sean económicas o administrativas, se realizan tras un procedimiento en el que se pondera el grado de responsabilidad del infractor, la constatación del daño y la fijación justificada del daño que ha de constituir, en su caso, la indemnización ligada a ese daño. Por tanto, la cláusula reclamada prevé una posible penalidad que ha de ser sometida a ese procedimiento contradictorio, y no será iniciado dicho procedimiento sino a voluntad del órgano de contratación, puesto que la ley no establece una obligatoriedad de la adopción de estas medidas.

Por tales motivos, este motivo de la reclamación ha de desestimarse.”

Hemos de señalar, sin embargo, que la previsión de la penalidad recurrida se incardina en la cláusula 6.2. CONTENIDO DE LOS SOBRES, y se establece en relación con el Contenido del sobre nº 1 (Documentación Administrativa) (6.2.1), refiriéndose al incumplimiento del requerimiento que puede efectuarse en cualquier momento al/a los licitadores, para que acrediten la veracidad de las declaraciones responsables que hayan presentado (posibilidad contemplada en los art. 57.13 RDL 3/2020, análogo al 140.3 de la LCSP) no previéndose en ninguno de ellos penalidad por incumplimiento en este momento procedimental. Distinto es el supuesto contemplado en la Cláusula 7.6. ACREDITACIÓN DE REQUISITOS PREVIOS, en la que, con carácter similar a lo previsto en el art. 150.2 de la LCSP, se prevé la necesidad de requerimiento al licitador clasificado en primer lugar, de presentación de la documentación acreditativa de lo declarado, (Art. 57.13 párrafo segundo), estableciendo los Pliegos también en este caso una penalización por falta de cumplimentación similar a la prevista en el art 150 de la LCSP.

En la recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la interpretación de algunos preceptos del texto refundido de la ley de contratos del sector público tras la modificación de la misma realizada por la ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se distinguía expresamente entre las consecuencias de la falta de cumplimiento del requerimiento de documentación en una y otra fase, concluyendo que “En lo que se refiere a las consecuencias de que la documentación a que se refiere el artículo 146.1(actual 140) no se presente en plazo o se presente defectuosa, esta Junta Consultiva entiende que dada la diferente naturaleza de esta documentación respecto de la que lista el artículo 151.2 (actual 150.2) en este extremo no hay identidad de razón, por lo que las consecuencias que contempla este último precepto deben atemperarse en el sentido siguiente:

-Si el licitador presentara la documentación a que se refiere el artículo 146.1 en el plazo señalado pero la misma se presentara incompleta o con defectos subsanables, esta Junta Consultiva considera que el órgano de contratación deberá darle a este licitador plazo para subsanar que sea suficiente.

-Si el licitador no subsana o si lo hace fuera de plazo, en esos casos se entenderá que ha retirado materialmente la oferta procediéndose a recabar la misma documentación, esto es la señalada en los artículos 151.2 y 146.1 ya citados, al licitador siguiente, por el orden que hayan quedado clasificadas las ofertas. En este supuesto, no procederá la aplicación de la prohibición de contratar que establece el artículo 60.2.d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, dado que la aplicación analógica del artículo 151.2 en ningún caso puede conducir a la aplicación de una disposición restrictiva de derechos como es el citado artículo 60.2.d).

-Sin embargo, si la documentación a que se refiere el artículo 146.1 citado se hubiera presentado en plazo, bien el inicial de diez días o bien dentro del plazo de subsanación, y en la misma el órgano de contratación, apreciara posible falsedad, en ese caso esta Junta Consultiva considera que, previa incoación del correspondiente procedimiento contradictorio, la causa de prohibición de contratar establecida en el artículo 60.1.e) del Texto Refundido podría ser aplicada.

Todo ello, sin perjuicio de que, conforme a lo previsto en la LCSP (Art 114) y el RDL 3/2020 (Art 57.3), en los contratos que celebren las entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, los órganos de contratación podrán exigir la prestación de una garantía a los licitadores o candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación y, en su caso, formalización del contrato o al adjudicatario, para asegurar la correcta ejecución de la prestación, sin que en el caso que nos ocupa se exija (Cláusula 20 del Anexo I,) fianza provisional alguna.

Por lo que respecta a la solvencia técnica establecida en el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, considera el reclamante que la cláusula 18.2, "establece como condición el haber ejecutado "servicios similares" en los tres últimos años, término ambiguo que depende del criterio del órgano de contratación estimarlo como adecuado o no, con lo que queda también en arbitrario el poder penalizar a cualquier licitador", añadiendo que "Las condiciones de solvencia económica y técnica nos parecen desproporcionadas, por excesivas, impidiendo la libre concurrencia de ofertas que es la garantía y objetivo del concurso público. Dichas condiciones impiden que se puedan presentar ofertas, limitando a tan sólo dos o tres empresas la posibilidad de concurrir.

El artículo 55 del RD 3/2020 requiere una exigencia de solvencia, facultando al Órgano de Contratación que especifique los requisitos mínimos, pareciéndonos excesivos. La Ley 9/2017 señala en su apartado 4 del artículo 87 *"La solvencia económica y financiera requerida deberá resultar proporcional al objeto contractual de conformidad con lo establecido en el artículo 74.2, no debiendo en ningún caso suponer un obstáculo a la participación de las pequeñas y medianas empresas."*

La finalidad de esta norma es facilitar el acceso a empresas pequeñas y medianas, (...) La solvencia económica podría ser cubierta por la cobertura de un seguro de responsabilidad civil y profesional por cuantía equivalente a la requerida. Esta opción prevista por nuestra normativa es excluida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares ahora recurrido.

En cuanto a la solvencia técnica la Cláusula 18.2 del Anexo I del CAP, tal como prescribe la Ley 9/2017, favorece a la empresa de nueva creación disponiendo que si no cumple la condición de solvencia técnica *"haber ejecutado en los tres últimos años, servicios similares a los que son objeto del pliego por importe igual o superior al valor estimado anualizado del contrato, esto es 7.922.250€"*, será objeto de control por el órgano de contratación.

Entendemos que atenta contra el principio de igualdad, puesto que las empresas que llevamos más de cinco años y no podemos llegar a ejecutar esos volúmenes requeridos nos quedaremos fuera de concurso, siendo igual de admisible para empresas de nueva creación como antiguas el mismo criterio para poder competir y ofertar que es el principio inspirador de nuestra normativa, conseguir con recursos públicos la mejor oferta o como dice la nueva Ley (RD 3/2020) *"la mejor oferta determinada preferentemente con arreglo a criterios basados en la mejor relación calidad-precio."*

El órgano de Contratación, por su parte, se opone a tal reclamación sobre la desproporción de los requisitos de solvencia técnica por los siguientes motivos:

1) En primer lugar, EMASESA dispone de un margen de **discrecionalidad** reconocido para fijar los requisitos mínimos de solvencia a exigir a los licitadores, como se desprende de la redacción del artículo 55.1 del RDL 3/2020, que no establece normas ni criterios objetivos para ello, manifestando que el umbral establecido no supone una discriminación de licitadores, sino un aseguramiento de la prestación del servicio con ciertas garantías.

2) En segundo lugar, EMASESA ha optado, como medio para acreditar dicha solvencia, por uno de los medios establecidos en la LCSP (como así lo indica el artículo 55.2 del RDL 3/2020), en concreto por la **realización de trabajos similares del artículo 90.1.a) la LCSP**, y lo ha hecho **vinculándolo al objeto de la contratación** (pues para la consideración de trabajos similares hay no uno, sino cuatro códigos CPV diferentes referidos al objeto del contrato); con una **ponderación proporcionada al objeto de la contratación**, exigiendo no más facturación por esos trabajos similares de la que en el plazo de tres años -ámbito temporal de la solvencia técnica- y como máximo podrá obtener el contratista -la cuota anual del valor estimado del contrato, que coincide con el presupuesto de licitación, de los dos primeros años y la primera prórroga de un año (es decir, que **anualmente** ha de haberse realizado trabajos similares por valor de 2.640.750 €, lo que no se aleja tanto del supuesto de ausencia de concreción del umbral de solvencia del artículo 90.2 de la LCSP: *“En su defecto, la acreditación de la solvencia técnica o profesional se efectuará mediante la relación de los principales servicios efectuados en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato”*); y **no siendo discriminatoria**, ya que los trabajos objeto del pliego son comunes y recurrentes en todo el territorio nacional y comunitario, puesto que la gestión de lodos y su aplicación posterior es una actividad reglada e irrenunciable dentro del ciclo integral del agua y de un tratamiento medioambientalmente responsable, lo que lleva a que todas las empresas del sector liciten año a año los servicios, de manera que hay margen para la competencia entre proveedores, no siendo descabellado que hayan podido ejecutar contratos similares por 2.640,750 € al año; a lo que ha de sumarse también margen para que empresas que no alcancen esos umbrales por sí solas puedan concurrir en una unión temporal con otras empresas o integren la solvencia con medios externos (cláusula 4 del PCAP del expediente 076/20, **folio 22 del expediente**). En todo caso, y dada la vital importancia del servicio licitado, EMASESA exige una solvencia técnica respecto a requisitos legales (autorizaciones y habilitaciones administrativas), medios técnicos puestos a disposición el contrato (maquinaria) y experiencia similar en la gestión de grandes cantidades de lodo, fijando para ello requisitos que, solo o en conjunto, pueden cumplir un número importante de empresas, sin que pueda considerarse desproporcionada.

3) En tercer lugar, las experiencias anteriores de EMASESA revelan que existe concurrencia suficiente, sirviendo como muestra de ello el acta de apertura del sobre administrativo de la licitación anterior del servicio (expediente 290/17), al que concurrieron **nueve licitadores** (se acompaña copia como **documento número 1**), con una solvencia técnica que exigía trabajos similares por un valor de cinco veces el presupuesto de licitación anual (se acompaña copia del PCAP como **documento número 2**).

En esta ocasión, el expediente 076/20 va a cubrir mayor plazo y mayor cantidad de toneladas a tratar, por lo que se ha ajustado el umbral de solvencia técnica a las cantidades a tratar, o más bien a su equivalente en facturación.

4) En cuarto lugar, la descripción de los servicios realizada en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP), especialmente en su artículo 5 (**folios 102 a 113 del expediente**), revelan una especial complejidad técnica del servicio, tanto por la normativa a cumplir como por la inmediatez de determinados traslados, tratamientos o actuaciones, así como los distintos tratamientos y toma de muestras que han de hacerse sobre dichos lodos, lo que lleva a que el propio PPTP, en su apartado 5.4 “capacidad de respuesta y obligatoriedad”, refuerce la exigencia de que el adjudicatario cumpla la solvencia técnica requerida, vinculada a la

experiencia previa en dichos contratos. Con ello, por tanto, se entiende que se da cumplimiento a la vinculación y proporcionalidad de la solvencia técnica respecto al objeto del contrato, como predica el artículo 74 de la LCSP.

Por otro lado, ha de rechazarse igualmente la valoración realizada por el reclamante en relación a una supuesta "mayor bondad" hacia la situación de empresas de nueva creación, puesto que dicho apartado de la cláusula no es sino la expresión de lo dispuesto en el artículo 90.4 LCSP, para las empresas de nueva creación. Por tanto, se trata de un estricto cumplimiento legal, que en todo caso no está exento de la realización del control, que garantizará un trato igualitario frente a quienes sí cumplen la solvencia técnica relativa a los trabajos similares realizados.

Finalmente, EMASESA tiene discrecionalidad, en virtud del artículo 55 del RDL 3/2020, para elegir de entre los requisitos de solvencia técnica indicados en la ley cuál selecciona para el servicio. Y en este caso, no ha entendido oportuno establecer la suscripción de un seguro de responsabilidad civil profesional, pues entiende más vinculado al objeto del contrato la experiencia previa en trabajos similares, que garantizan un menor riesgo de un evento dañoso, frente a la suscripción de un seguro que, en todo caso, solo puede garantizar su indemnización, pero no afecta a la evitación del riesgo.

En resumen, entiende EMASESA que la apreciación del recurrente de que el pliego vulnera la concurrencia de empresas y que la solvencia técnica exigida es desproporcionada, no es más que una mera apreciación personal sin sustancia fáctica ni jurídica, a la que se opone el cumplimiento estricto de la legalidad y una complejidad técnica que justifican el umbral definido."

Ciertamente, la normativa sobre contratación de sectores especiales (Art. 30 y 55 RDL 3/2020) no establece unos criterios concretos para la selección del contratista, exigiendo, básicamente capacidad de obrar, no incursión en prohibición para contratar y acreditación bien de clasificación, en su caso, bien de los criterios de selección cualitativa que determine la entidad contratante en los Pliegos, los cuales habrán de ser objetivos, proporcionados y adecuados para la ejecución de lo que constituye el objeto del contrato, guardar relación con el mismo y garantizar una competencia real, debiendo, en cualquier tales requisitos mínimos de solvencia, así como la documentación requerida para acreditar su cumplimiento, indicarse en la convocatoria de licitación y en los pliegos de condiciones y estar a disposición de los operadores económicos interesados.(Art. 30, 55 y 56 RDL 3/2020).

La solvencia económica y financiera y técnica o profesional podrán acreditarse, con carácter general, a través de los medios que se determinen por la entidad contratante de entre los establecidos en el real decreto-ley 3/2020 y en el capítulo II, título II, libro primero de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

Como señalaba la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía en su Informe 13/2016, de 21 de diciembre, sobre criterios de solvencia en un contrato sujeto a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, el artículo 80.2 de la Directiva 2014/25/UE dispone que *"Los criterios y normas contemplados en el apartado 1 del presente artículo podrán incluir los criterios de selección establecidos en el artículo 58 de la Directiva 2014/24/UE en las condiciones que en él se estipulan, en particular en lo que respecta a los límites de los requisitos relativos al volumen de negocios anual, conforme a lo dispuesto en el apartado 3, párrafo segundo, de dicho artículo"*.

Y el apartado 3 del citado artículo establece que *“A efectos de la aplicación de los apartados 1 y 2 del presente artículo, serán aplicables los artículos 59 a 61 de la Directiva 2014/24/UE”*.

La Directiva 2014/25/UE no enumera los criterios de selección que podrán exigirse a las personas licitadoras permitiendo, en este sentido, cierta flexibilidad en la elección de los mismos, no obstante, esta Directiva prevé que el órgano de contratación pueda aplicar los criterios de selección que se establecen en la Directiva 2014/24/UE. En este último caso, si el órgano de contratación opta por la elección de uno o varios de los contemplados en ésta, deberán exigirse y acreditarse en las condiciones y en los términos que en la misma que se señalan. En todo caso, los medios deberán estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionados respecto a las prestaciones a satisfacer.

La LCSP establece la regulación de la solvencia en sus art. 86 y siguientes, refiriéndose tanto a los criterios, que serán alguno/s de los previstos en la misma, como a los medios de acreditación y requisitos mínimos, los cuales han de fijarse en los Pliegos, previendo, no obstante los que se aplicarán en el caso de que aquéllos no los concreten (en el caso de servicios, art. 87 y 90), estableciendo, además una regla especial para las empresas de nueva creación en el caso de contratos no sujetos a regulación armonizada.

De acuerdo con los preceptos transcritos, transpuestos al derecho interno a través del RDL 3/2020, se prevé la posibilidad de que los órganos de contratación cuando celebren procedimientos de contratación relativos a los sectores especiales puedan, como opción, aplicar los criterios de selección contemplados en la LCSP, Directiva 2014/24/UE, y que, cuando lo hagan, estén obligadas a aplicar algunas disposiciones relativas, en particular, al límite máximo de los requisitos sobre volumen de negocios mínimo, así como sobre la utilización del documento europeo único de contratación, no obstante, tales órganos disponen de flexibilidad en la elección de tales criterios de selección, siempre y cuando éstos sean proporcionados y adecuados para la ejecución de lo que constituye el objeto del contrato, guarden relación con el mismo y garanticen una competencia real, debiendo, en cualquier tales requisitos mínimos de solvencia, así como la documentación requerida para acreditar su cumplimiento, indicarse en la convocatoria de licitación y en los pliegos y estar a disposición de los operadores económicos interesados, circunstancias éstas que concurren en el supuesto examinado.

Conforme a los preceptos legales de aplicación, y teniendo en cuenta cuanto antecede, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente la reclamación interpuesta por J.L.G.G., en nombre y representación de la mercantil AMBIENTAL Y SOSTENIBLE, S.L., contra los Pliegos rectores de la licitación para la **“Contratación del servicio de gestión de los lodos procedentes de las Estaciones Depuradoras de Aguas Residuales urbanas (EDAR) y de la Estación de Tratamiento de Agua Potable (ETAP) Carambolo de EMASESA”**, Expediente 076/20, tramitado por la Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla, anular la cláusula 23 del Anexo I del PCAP, y, con ello, los propios

pliegos, así como la retroacción de actuaciones a fin de que el órgano de contratación proceda a la aprobación de nuevos pliegos, conforme a lo expresado en el Fundamento Jurídico SEXTO de esta Resolución.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES