



Expte.: R-7/2016

ACUERDO 12 /2016, de 22 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don J.G.E., en representación de la mercantil “DESMA Estudios Ambientales, S.L.” contra la adjudicación por parte de “Gestión Ambiental de Navarra, S.A. (GANASA)” de la asistencia “Seguimiento del desmán ibérico y su hábitat dentro del proyecto Life Irekibai”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 16 de diciembre de 2015 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación de la asistencia “Seguimiento del desmán ibérico y su hábitat dentro del proyecto Life Irekibai”, procedimiento abierto promovido por “Gestión Ambiental de Navarra, S.A” (en adelante GANASA), y en cuya licitación participó la mercantil ahora reclamante “DESMA Estudios Ambientales, S.L.” (en adelante DESMA).

GANASA adjudicó la referida asistencia a la UTE “Más que Pájaros, Biología, Ecoturismo y Medio Ambiente, S.L.-BHS Consultores Ambientales Asociados, S.L.L.” (en adelante MQP-BHS), al ser su proposición la más ventajosa.

SEGUNDO.- Con fecha 4 de febrero de 2016, don J.G.E., en representación DESMA, interpuso reclamación en materia de contratación pública, frente a la precitada adjudicación, alegando, primeramente, que las empresas que conforman la UTE adjudicataria carecen de la solvencia técnica o profesional exigida por las Condiciones Regulatoras del contrato y, además, la existencia de irregularidades en la aplicación de los criterios de adjudicación recogidos en dichas condiciones.

Así, respecto a la falta de solvencia técnica y profesional de la adjudicataria, DESMA en su escrito de reclamación señala que MQP, una de las dos empresas que integran la UTE seleccionada, tiene como actividad principal publicitada el ecoturismo, sin que se le conozca ninguna actividad relacionada con el estudio, gestión o conservación del

desmán ibérico, y la segunda, esto es BHS, no ha desarrollado durante los últimos cinco años ningún trabajo de similar entidad técnica o presupuestaria a la asistencia técnica objeto del contrato, pues se ha limitado a realizar trabajos de inventario de dicha especie animal, que no implican la captura y manejo de los ejemplares, contenido principal de los trabajos licitados.

En cuanto a la irregular aplicación por parte del órgano de contratación de los criterios de adjudicación, DESMA indica que la oferta económica formulada por la adjudicataria, tomando como base las tablas salariales del Convenio del sector Agropecuario de Navarra, es manifiestamente insuficiente para poder abonar a los trabajadores un salario apropiado a la categoría “de especialista” que la ejecución de la asistencia exige, incumpliendo con ello, el requerimiento de carácter social establecido en las Condiciones Regulatoras de contrato.

TERCERO.- El día 8 de febrero de 2016 GANASA remitió el expediente del contrato y formuló alegaciones, señalando respecto a la falta de solvencia de MQP-BHS, que según se deriva de la propuesta de adjudicación y del informe técnico, suscritos ambos por expertos en la materia, BHS ha acreditado suficientemente su solvencia con el listado de trabajos anteriores que presentó, siendo factible para MQP, la otra empresa que integra la UTE, acreditar su solvencia por referencia a la capacidad de BHS.

Y, en relación a la supuesta infracción de los criterios de adjudicación, por incumplimiento de requerimientos sociales, GANASA afirma que efectuada consulta con el Colegio Oficial de Biólogos, se les informó que no hay un convenio sectorial, ni tan siquiera tablas salariales aplicables a esta clase de trabajos. Además esta empresa pública recalca que en definitiva estamos ante profesionales autónomos, conocedores del mayor o menor tiempo que van a dedicar a la localización del Desmán y que la oferta de la adjudicataria no fue anormalmente baja.

CUARTO. Con fecha 9 de febrero de 2016, se dio un plazo de tres días a los interesados, para que pudieran formular cuantas alegaciones estimen pertinentes en defensa de su derecho.

En fecha 11 de febrero de 2016, MPQ-BHS formula alegaciones, señalando que la reclamación de DESMA se fundamenta exclusivamente en opiniones y no en hechos objetivos o criterios contrastables. En relación a la falta de solvencia técnica, declara que MPQ tiene entre su objeto social la realización de estudios de fauna y que BHS cuenta con amplia experiencia en la conservación del desmán y su hábitat, habiendo prestado servicios a otras Comunidades Autónomas en esta materia. Y respecto a la falta de solvencia económica o a la existencia de posibles irregularidades en la aplicación de los criterios de adjudicación, que el precio ofertado por MPQ-BHS no incurre en baja temeraria y no incumple convenios sectoriales, ya que no precisará de la contratación de personal ajeno para ejecutar los trabajos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- GANASA entidad contratante, es una entidad sometida a las disposiciones de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante LFCP), por lo que conforme a lo previsto en el artículo 2.1.e) de dicha norma legal, en relación a las disposiciones contenidas en su Libro II, las decisiones que adopte la citada entidad en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, como es el caso, están sometidas a las disposiciones de la LFCP y, de acuerdo con los artículos 184 y 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- El artículo 210 de la LFCP establece que la reclamación en materia de contratación pública se podrá interponer ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por las empresas, profesionales e interesados en la licitación de un contrato público contra los actos de trámite o definitivos, que les excluyan de la licitación o perjudiquen sus expectativas.

En este caso, la reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada en cuanto que la reclamante es una empresa que ha visto perjudicadas sus expectativas como licitadora.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha producido dentro del plazo legal de 10 días naturales previsto en el artículo 210.2.b) de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación formulada se fundamenta en la falta de solvencia económica y financiera, técnica o profesional del adjudicatario, y en la infracción de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, motivos ambos incluidos entre los que de forma tasada señala el artículo 210.3 de la LFCP para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- En cuanto al fondo del asunto, el primer motivo de la reclamación es la ausencia de solvencia técnica o profesional de la adjudicataria.

En nuestro Acuerdo 1/2014 tuvimos la ocasión de señalar que "*(...) para participar en una licitación las empresas y profesionales interesados deben acreditar que disponen de la suficiente capacidad y solvencia, así como que la entidad adjudicadora deberá fijar en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación, de forma clara, precisa e inequívoca, los niveles mínimos de capacidad y solvencia que los candidatos y licitadores deben reunir, y estos niveles mínimos deberán estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato. Para la acreditación de este cumplimiento, a entidad adjudicadora también deberá fijar en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación los medios, de entre los recogidos en la norma (artículos 13 y 14 de la LFCP), que mejor sirvan para acreditar la solvencia de los licitadores, pudiendo escoger uno o más de ellos. Estos medios, en el caso de la solvencia técnica deberán tener, además, directa relación con la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, de los suministros o de las asistencias que se pretenda contratar (artículo 14.2 LFCP). Por tanto, corresponde al órgano de contratación la determinación de los medios y documentos a través de los cuales deben los licitadores acreditar que cuentan con la solvencia suficiente para concurrir a la licitación de referencia, correspondiendo también a aquél establecer los valores mínimos a partir de los cuales se entiende acreditada la solvencia y ello porque, en el caso de no fijar tales valores mínimos, la acreditación de la solvencia se convertiría en un mero formalismo que no garantizaría la correcta ejecución del contrato*".

Para la cuestión que nos ocupa, el artículo 7 de las condiciones reguladoras del contrato determinan que:

"La solvencia técnica o profesional se acreditará mediante la presentación de la siguiente documentación:

· Una relación de los principales servicios de similar entidad, técnica y presupuestaria, al actual, efectuados durante los cinco últimos años en donde conste el importe, la fecha y el destinatario, público o privado. Los servicios se listarán a modo de tabla como en el Anexo VI. Dichos servicios incluirán obligatoriamente la realización de trabajos de ASISTENCIA TECNICA AMBIENTAL, relativa a la conservación del desmán ibérico y a la realización de trabajos de valoración de la calidad de ecosistemas acuáticos. (Atendiendo por tales labores las contempladas en este condicionado técnico). Si el licitador no ha realizado los trabajos aludidos en este plazo no podrá acreditar la solvencia técnica o profesional.

· Declaración sobre el material necesario y el equipo técnico del que dispondrá el empresario o profesional para ejecutar el contrato, que deberá contar como mínimo con técnicos competentes en la conservación del desmán ibérico y la evaluación de ecosistemas acuáticos.

GAN podrá contratar con licitadores que participen conjuntamente, de conformidad a lo establecido en el artículo 10.2 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio. Dicha participación se instrumentará mediante la aportación de un documento privado en el que se manifieste la voluntad de concurrencia conjunta, se indique el porcentaje de participación de cada uno de ellos y se designe un representante o apoderado único con facultades para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones derivadas del contrato hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de facultades mancomunadas para los cobros y pagos de cuantía significativa. En el supuesto de participación conjunta, y para cumplimiento de las diferentes solvencias, se computarán la suma de las aportadas por las empresas que compongan la participación.

Igualmente GAN podrá contratar con uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, siendo necesaria la formalización de la unión en escritura pública, si bien dicho requisito no será exigible hasta el momento en que se haya efectuado la adjudicación a su favor. Los contratistas que participen conjuntamente en un contrato y los que formalicen una unión temporal responderán solidariamente de las obligaciones contraídas.

Las personas que presenten oferta conjunta o que estén integradas en una unión temporal constituida al efecto no podrán presentar proposiciones individuales”.

De la documentación contenida en el sobre de documentación administrativa de la UTE adjudicataria se desprende, sin ambages, la acreditación de trabajos de naturaleza

similar. Mucho más cuando no se establece ni un número mínimo de trabajos a realizar ni los requerimientos concretos para entender competente al equipo de trabajo (más allá de la obligación de contar “*como mínimo con técnicos competentes en la conservación del desmán ibérico y la evaluación de ecosistemas acuáticos*”).

La argumentación de la reclamante en torno a los trabajos a contratar por el poder adjudicador no puede prosperar – pese a considerar que se reúnen y además que el concepto “similar” no es análogo al concepto “idéntico” –, pues de aceptarse éstos se vulneraría el principio de proporcionalidad. Este principio requiere, en definitiva, que toda limitación de los derechos, de quienes están llamados a concurrir a una licitación pública, tienda a la consecución de fines legítimos, y sea cualitativa y cuantitativamente adecuada, como tiene dicho, entre otros, el Acuerdo 58/2014, de 1 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Igualmente, analizados por este Tribunal los perfiles profesionales acreditados por la adjudicataria son suficientes para su admisibilidad. El equipo propuesto consiste fundamentalmente en técnicos competentes en el campo exigido (ello a mayor abundamiento, porque el condicionado no exigía un número concreto ni una forma concreta de acreditar la competencia). Los técnicos propuestos tienen no solo la titulación requerida (y superior, pues muchos de ellos son master, DEA, o incluso doctores), y experiencia en trabajos similares, sino, además, formación complementaria, publicaciones, docencia... en la materia. Como enfatizan las alegaciones de la *adjudicataria* “*BHS-MQP aporta un equipo técnico sobradamente formado científicamente y experimentado en ambos aspectos (conservación del desmán ibérico y calidad de hábitats fluviales) tal y como se aporta en los perfiles personales de los seis técnicos, contenidos en la oferta, y que van mucho más allá de los últimos cinco años requeridos (hasta 25 años de experiencia en algún caso) (...) En este sentido conviene añadir que el técnico propuesto como Director de los trabajos, Roberto Simal Ajo, pertenece al comité científico del proyecto LIFE+ Desmania en representación de Bhs Consultores Ambientales, coordinado por la Fundación Biodiversidad del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente*”.

Puesto todo ello en común con la oferta técnica se observa que el equipo de trabajo a desarrollar el contrato es el mismo que figura previamente en el sobre nº 1 y que reúne la solvencia suficiente.

Por otra parte, téngase presente la posibilidad de que ambas sociedades, “Más que pájaros, Biología, Ecoturismo y Medio Ambiente, S. L.” y “Bhs Consultores Ambientales Asociados, S.L.L.” han optado por concurrir conjuntamente y de ahí la consecuente acreditación conjunta de la solvencia requerida.

De hecho, como puso de manifiesto la Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 556/2013 de 29 de noviembre de 2013 *“uno de los motivos principales para que las empresas se agrupen en UTE es sumar capacidades, sean éstas económicas, técnicas o profesionales”*.

La sentencia C-176/98, de 2 de diciembre de 1999 (Holst Italia), que recoge los fundamentos jurídicos contenidos en las sentencias C-5/97, de 18 de diciembre de 1997, y C-389/92, de 14 de abril de 1994 (Ballast Nedam Groep) extiende, asimismo, la posibilidad de acreditar la solvencia con medios de otras empresas con independencia de que pertenezcan o no al mismo grupo empresarial. Por tanto, una empresa que prueba de manera efectiva que dispone de los medios necesarios para ejecutar un contrato, aun cuando pertenezcan a otra empresa con la que se mantienen vínculos directos o indirectos, debe ser admitida para concurrir a la licitación.

En definitiva, resulta clara y patente la concurrencia de la solvencia técnica y profesional exigidas, debiendo desestimarse este motivo de la reclamación.

SEXTO.- La segunda cuestión que plantea la reclamación es la falta de adecuación de la oferta económica a los costes de derivados de la aplicación del convenio sectorial que corresponda, sin que en ningún caso los precios/hora, de los salarios puedan ser inferiores a los precios/hora del convenio más los costes de la Seguridad Social.

A este respecto, el precio máximo de licitación (IVA excluido) era de 27.150 € frente a los 21.722,72 € de la adjudicataria. El condicionado presupone como ofertas anormalmente bajas aquellas inferiores en 20 puntos porcentuales al importe estimado del contrato. La oferta adjudicataria no incurrió en anormalidad.

Con independencia de ello, la previsión del condicionado, de adecuación a la normativa salarial laboral, debe ser verificada.

En primer lugar, a la vista de las afirmaciones realizadas en la reclamación, debe señalarse que éstas son generales y carecen de datos que las fundamenten. Lo que es más, parten de la necesidad de realizar la oferta por los licitadores de un modo teórico o idóneo a juicio de la reclamante que carece de apoyo en las condiciones reguladoras. Obviamente, no incumbe a los licitadores determinar cómo deben realizar las ofertas sus competidores, siempre que se respete el condicionado. La única afirmación genérica existente es que a juicio del reclamante el salario a percibir (según la distribución de horas/jornadas que la reclamante sugiere) es ínfimo. Alude, asimismo, al convenio colectivo de actividades agropecuarias de Navarra, que no resulta de aplicación a la naturaleza de las prestaciones objeto del contrato.

Como ya señalamos en nuestro Acuerdo 3/2016, de 13 de enero, cuando concurren afirmaciones *“hechas en términos generales y sin ningún dato que las fundamente, debemos señalar que, conforme al principio de la carga de la prueba (artículo 1.214 del Código Civil), incumbe la prueba de las obligaciones a quien reclama su cumplimiento y, por ello, en un procedimiento contradictorio como el que nos ocupa, al no acreditarse de ninguna manera los hechos que se denuncian, este Tribunal no puede entrar en su valoración, debiendo desestimarse la reclamación (...)*”.

Lo que es más, como señala la adjudicataria, y se corrobora por el condicionado y la oferta técnica realizada *“el cálculo de jornadas no responde a criterios económicos sino a una medida objetiva que permite únicamente valorar el esfuerzo invertido. Por tanto, calcular precio/jornada resulta equívoco. BHS-MQP ha planteado un calendario y distribución de los trabajos muy claro y detallado, contando con seis técnicos, que pueden distribuirse en varias tareas simultáneas, lo que permite optimizar las jornadas de campo y minimizar los desplazamientos, lo que, desde luego, redundará en un ahorro de costes y tiempo, pero sobretodo hace eficiente y rentable el trabajo”*.

Además la adjudicataria afirma que *“La UTE “BHS-MQP” no incumple con convenios sectoriales, ya que no precisa la contratación de personal ajeno para desarrollar estos trabajos, pues el equipo está compuesto por los propios empresarios*

(profesionales liberales) y cuenta con el compromiso de asesoría y participación de otros dos técnicos profesionales autónomos.(...) El importe del contrato va destinado prácticamente a los licitadores, pues no son necesarios gastos en material, maquinaria o medios ajenos, ya que se cuenta con todo el necesario (inventariado en la oferta). Asimismo, como ya se ha mencionado, el plan de trabajo permite minimizar los desplazamientos y optimizar las jornadas de campo, maximizando el beneficio”.

A esto hay que añadir lo que el poder adjudicador señala en sus alegaciones:

“El trabajo va a ser llevado a cabo por socios de las entidades, sin proceder a la contratación de un empleado, no estando sujetos a convenio sectorial, por lo que no tiene sentido reclamar sobre la base de algo que no es de aplicación. En este sentido, y a mayor abundamiento, consultado en el Colegio Oficial de Biólogos, no hay un convenio sectorial ni siquiera unas tablas de referencia coste-hora, todo ello a partir de la entrada en vigor de la Ley de Servicios Profesionales.

Estos profesionales autónomos saben que la presencia responde a criterios faunísticos y ecológicos, donde un profesional del ramo interpreta que, para hacer bien su trabajo necesita más o menos tiempo para localizar al DESMAN en su hábitat Queremos explicar con esto que el esfuerzo en jornadas permite valorar la objetividad de la propuesta, pero no es un criterio puramente económico. El criterio de la oferta económica ha respetado la baja de 20 puntos del condicionado regulador, criterio más estricto incluso que los 30 puntos establecidos por la LFCP.

Y respecto a un salario apropiado, o en términos de empresa, la rentabilidad, entendemos que es la propia licitadora la que debe establecer su rentabilidad empresarial y que en este caso los gastos de los socios de la licitante para la totalidad de las horas de trabajo, debe hacer viable la oferta sin que resulte en ningún caso temeraria. El aumento de jornadas propuesto ha sido valorado técnicamente en el informe de propuesta-adjudicación realizado como adecuado. Es importante destacar también que el servicio ofertado no conlleva otros gastos mayores que la presencia y el desplazamiento, por lo que el esfuerzo en jornadas no penaliza con gastos externos la propuesta, dotando a la misma de las garantías que el reclamante persigue poner en duda. (...)”.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don J.G.E., en representación de la mercantil “DESMA Estudios Ambientales, S.L.”, contra la adjudicación por parte de “Gestión Ambiental de Navarra, S.A. (GANASA)” de la asistencia “Seguimiento del desmán ibérico y su hábitat dentro del proyecto Life Irekibai”.

2º. Notificar este acuerdo a GANASA y a “DESMA Estudios Ambientales S.L.”, y a todos los demás interesados y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 22 de febrero de 2016. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. EL VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla. LA VOCAL, Ana Román Puerta.