RE 005/2013

Acuerdo 8/2013, de 6 de febrero de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. contra la resolución por la que se adjudica el contrato denominado «Servicio de conservación y manipulación de las fuentes ornamentales de la ciudad de Zaragoza», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 26 de mayo de 2012 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento denominado «Servicio de conservación y manipulación de las fuentes ornamentales de la ciudad de Zaragoza», convocado por el Ayuntamiento de Zaragoza; contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, procedimiento abierto, oferta económicamente más ventajosa, con varios criterios de adjudicación, con un valor estimado de 8 664 319,14 euros, IVA no incluido.

SEGUNDO.- En el procedimiento convocado presentaron propuestas varios licitadores, entre ellos URBASER, S.A. y SOCAMEX, S.A.U, con el compromiso de constituirse en Unión Temporal de Empresas (en adelante la UTE), que resultaría adjudicataria, y la recurrente.

La Mesa de contratación, en sesión pública celebrada el día 11 de septiembre de 2012, comunicó a los asistentes el resultado de la apertura y calificación de la documentación administrativa presentada

por los licitadores, admitiendo a todos a la licitación. Seguidamente se procedió a la apertura de la documentación técnica, y al traslado de la misma al Servicio de Parques y Jardines, para su valoración y emisión del oportuno informe, según se recoge en el acta correspondiente.

TERCERO.- En sesión celebrada el 24 de octubre de 2012, se presenta a la Mesa de contratación el informe técnico de valoración de los criterios sometidos a evaluación previa. Se da a conocer su desglose y resultado, en acto ya público, a los licitadores. Seguidamente, se procede a la apertura de las proposiciones económicas.

En este momento, la Mesa de contratación informó a los asistentes que de acuerdo con lo previsto en la cláusula n) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares Específicas de la licitación (en adelante PCAP), debía calcularse si alguna de las ofertas está incursa en presunción de baja desproporcionada para, en su caso, solicitar a las empresas justificación de la misma, que será informada por el Servicio de Parques y Jardines.

Todos estos hechos, quedan igualmente acreditados en el acta de la sesión de la Mesa.

CUARTO.- Según consta en el expediente, efectuados los cálculos, se comprueba que la oferta presentada por la UTE se encuentra incursa en presunción de baja desproporcionada, por lo que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), se le requiere para que justifique la misma y precise las condiciones de la oferta.

Consta asimismo en el expediente, que dentro del plazo concedido al efecto, la UTE presenta la documentación requerida. Esta es remitida al

Servicio de Parques y Jardines el 5 de noviembre de 2012 para la emisión del correspondiente informe técnico, que fue evacuado con fecha 20 de noviembre de 2012.

En dicho informe se planteaba la necesidad de solicitar a la UTE una serie de aclaraciones de la justificación de la oferta presentada, en concreto respecto de los vehículos a disposición de la contrata, y deja a la decisión de la Mesa de contratación valorar la justificación de las sinergias derivadas de la implantación en el territorio, los gastos de personal y el cumplimiento de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes.

Mediante fax remitido a la UTE el 20 de noviembre, se le comunica la puesta a disposición del precitado informe, y se le concede un plazo de tres días hábiles, desde su retirada, para la aportación de aclaraciones. Dentro del plazo concedido, el 23 de noviembre, se presenta por la UTE documentación al efecto.

QUINTO.- El día 4 de diciembre de 2012, la Mesa de contratación se reúne para analizar el informe técnico emitido sobre la justificación de la viabilidad de la oferta, y las aclaraciones posteriores que, como consecuencia de aquel, realizó la UTE. La Mesa de contratación, a la vista de las mismas, consideró que resultaba suficientemente justificada la baja efectuada y la posibilidad de su correcto cumplimiento con normalidad, por lo que acordó su admisión y propuso al órgano de contratación la adjudicación del contrato a su favor, al identificarse como proposición económicamente más ventajosa.

Todos estos hechos, quedan igualmente acreditados en el acta de la sesión de la Mesa.

SEXTO.- Por Acuerdo del Gobierno de Zaragoza, de 19 de diciembre de 2012, a la vista de la propuesta de la Mesa de contratación, se procedió a la adjudicación del contrato a favor de la UTE. El acuerdo de adjudicación se publicó en el perfil de contratante el 31 de diciembre de 2012 y se notificó a los licitadores el día 4 de enero de 2013, advirtiéndoles de la posibilidad de plantear frente al mismo recurso especial en materia de contratación.

SÉPTIMO.- El 2 de enero de 2013, FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. (en adelante FCC), solicita a la Mesa de contratación acceso al expediente administrativo y, en concreto, a obtener copia del informe técnico emitido por el Servicio de Parques y Jardines y, en su caso, las aclaraciones formuladas por la UTE justificando *«la baja anormal y desproporcionada».*

Consta en el expediente la comparecencia el 9 de enero de 2013 de un representante de FCC en el Ayuntamiento, en la que se señala que ha tenido acceso al expediente, a excepción de la documentación administrativa de la UTE, del sobre de documentación técnica aportada por la misma y de la justificación de su oferta económica.

OCTAVO.- El 18 de enero de 2013, ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, D. Manuel Liébana Andrés, en nombre y representación de FCC, interpone recurso especial en materia de contratación pública, contra el Acuerdo del Gobierno de Zaragoza de 19 de diciembre de 2012, por el que se adjudica el contrato denominado «Servicio de conservación y manipulación de las fuentes ornamentales de la ciudad de Zaragoza», a la UTE.

El licitador recurrente, anunció el mismo 18 de enero de 2013, al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 TRLCSP.

NOVENO.- El recurso alega y fundamenta, en resumen, lo siguiente:

a) Tras relatar los antecedentes de la licitación, y reproducir los cálculos de los que se concluye que la oferta presentada por la UTE estaba incursa en presunción de oferta anormalmente baja, señalan que, a su juicio, la misma incumple el Pliego de Condiciones Técnicas de la licitación (en adelante PCT) en materia de personal, y no justifica el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y a las condiciones de trabajo.

b) Sostienen, y desarrollan, que en las aclaraciones realizadas para justificar la viabilidad de la oferta se ha producido una modificación de la presentada por la UTE en vehículos y equipos mecánicos, y un incumplimiento del PCT en tal materia.

c) Argumentan que la oferta de la UTE incumple, además, las exigencias de los trabajos a realizar que se describen en el PCT, por imposibilidad técnica manifiesta de realizar los mismos con los medios ofertados. Incorporando en este sentido no solo los que califican de «*importantes incumplimientos*» sino también «*otros incumplimientos*».

d) Advierten la ausencia de un informe técnico que se pronuncie sobre las aclaraciones efectuadas con posterioridad por la UTE para justificar la viabilidad de su oferta, y la improcedencia de que sea la Mesa de contratación la que acepte la justificación de la baja.

e) Alegan indefensión y nulidad del acto, por no permitir el acceso al expediente, generando indefensión, así como falta de motivación de la adjudicación, en los términos exigidos por el artículo 151.4 TRLCSP.

f) Aprecian incumplimiento de las previsiones contenidas en el artículo 86.3 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP) respecto de las proposiciones formuladas por empresas del mismo grupo, al apreciar que en tres de las licitadoras concurre este hecho y, pese a ello, no se ha tenido en cuenta en los cálculos de la baja media.

Por todo lo alegado, solicitan se dicte resolución que anule y deje sin efecto la adjudicación de la licitación referenciada, se acuerde retrotraer las actuaciones al momento de la valoración, con el reconocimiento de la baja desproporcionada de la UTE y la consideración de que la misma no se ha justificado adecuadamente y que supone un incumplimiento del PCT, siendo por tanto excluida. Solicitan también la declaración de nulidad del acto por el que se impide a FCC acceder al sobre 1 y a la justificación de 5 de noviembre de 2012 de la UTE, y a las posteriores aclaraciones de 23 de noviembre de 2012, retrotrayendo el procedimiento a dicho trámite, o declarando la apertura de un periodo de prueba. Por ultimo, solicitan se declare la nulidad del acuerdo de adjudicación, por carecer de motivación suficiente y no disponer del informe técnico preceptivo tras las aclaraciones de 23 de noviembre de 2012.

DÉCIMO.- El 21 de enero de 2013, el Tribunal solicita del Ayuntamiento de Zaragoza, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.3 TRLCSP,

la remisión, en el plazo de dos días hábiles, del expediente de contratación completo, acompañado de un informe del órgano gestor del mismo. El 24 de enero de 2013 tiene entrada en el Tribunal la documentación solicitada.

El Tribunal, a fin de evacuar el trámite de alegaciones, notificó con fecha 24 de enero de 2013, la interposición del recurso al resto de licitadores, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP.

DECIMOPRIMERO.- El 31 de enero de 2013, D. Gerardo Adrados Sánchez, en representación de URBASER, S.A. y D. Abdón F. Acevedo Álvarez en representación de SOCAMEX, S.A.U. presentan ante este Tribunal, escrito en el que se oponen al recurso formulado, en base a las siguientes alegaciones:

a) Consideran que el procedimiento de acreditación de la viabilidad de la oferta por parte de sus representadas se siguió con total respeto al procedimiento contradictorio exigido en el artículo 152 TRLCSP.

b) Entienden también legitimado y justificado por su parte el derecho a la confidencialidad de su propuesta, en los términos recogidos en los artículos 140 y 153 TRLCSP, al contener el Sobre 1 elementos reservados por la normativa de protección de datos y el Sobre 2 secretos de tipo técnico y comercial, y por ende, confidenciales. Citan y reproducen Informes de Juntas Consultivas de contratación sobre la materia.

c) Alegan la imposibilidad de sustituir por la recurrente la capacidad revisora y de valoración del órgano de contratación.

d) Argumentan y desarrollan la inexistencia de incumplimientos por parte de la UTE de las condiciones en materia de personal, de maquinaria y vehículos exigidos en el PCT.

e) Sostienen la inexistencia de vulneración del principio de competencia por la concurrencia de empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial.

Concluyen que la oferta de la UTE fue ajustada a derecho, existiendo valoración racional y razonable de los distintos criterios objetivos contenidos en los Pliegos por parte del órgano de contratación, por lo que no existe vicio de legalidad en la adjudicación, procediendo, en consecuencia, la desestimación del recurso interpuesto.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa FCC para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40 TRLCSP, y se plantea en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Como quiera que las cuestiones de fondo planteadas en el recurso admitido son de carácter heterogéneo y diverso, y afectan de distinta forma a la resolución del mismo, se examinarán en función de su

importancia, desde el punto de vista de los parámetros a los que debe atender este Tribunal.

La resolución del recurso requiere, asimismo, examinar si la actuación del órgano y la Mesa de contratación se ajustaron al régimen jurídico de la contratación del sector público (TRLCSP y normativa de desarrollo), y, en especial, a los Pliegos jurídico y técnico que constituyen la ley de contrato, como viene afirmando, reiteradamente, nuestra jurisprudencia.

En este sentido, la primera cuestión a analizar es la adecuada tramitación del procedimiento de verificación de una oferta que ha incurrido en presunción de anormalidad. Como tiene reiteradamente manifestado este Tribunal, entre otros, en su Acuerdo 5/2013, la técnica de baja anormal o desproporcionada se fundamenta en la previsión del artículo XIII.4 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio. El artículo 55 de la Directiva 2004/18, contiene una previsión similar, y el TRLCSP advierte sobre la imposibilidad de adjudicar un contrato cuando *«el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de la inclusión en la misma de valores anormales o desproporcionados»*.

El artículo 152 TRLCSP, regula esta técnica distinguiendo en función de que exista un único criterio —precio— o varios, y en aplicación de dicho precepto, el PCAP estableció, en su cláusula n), los parámetros objetivos en función de los cuales se consideraría, en principio, «*como desproporcionada o temeraria la baja de toda proposición*».

Sentado el parámetro objetivo —que concurría en la oferta de la UTE— el TRLCSP obliga a dar audiencia al licitador que la haya presentado, y

se abre un procedimiento de verificación contradictoria, con la finalidad de comprobar que la proposición no puede ser cumplida, como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, o acreditar la viabilidad de la misma.

En todo caso, como es reiterada doctrina de los Tribunales Administrativos de Contratos, la apreciación de que una oferta contiene valores anormales o desproporcionados, es un mero indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado. Por ello, el artículo 152.3 TRLCSP dispone que *«Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado. En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente».*

Y, en este sentido, como también es doctrina consolidada de los Tribunales Administrativos de Contratos, la decisión sobre si una oferta, calificada inicialmente como desproporcionada, puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación, sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora, y los informes emitidos por los

servicios técnicos. Si bien, ni las alegaciones del licitador, ni los informes (que constituyen el asesoramiento técnico, y siempre que efectivamente respondan y sean reconocibles como informes técnicos) tienen carácter vinculante para el órgano de contratación, que debe valorar y sopesar adecuadamente ambos para adoptar su decisión, que deberá ser motivada, en base a ellos. De manera que, siempre y en todo caso, la decisión debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad.

En el caso objeto del presente recurso el procedimiento formal no se ha seguido en los términos ajustados a las exigencias legales, en cuanto que, de acuerdo con el PCAP y según la información que obra en el expediente, se ha recabado el informe al licitador que formuló la oferta presuntamente desproporcionada o anormalmente baja, y éste ha presentado en el plazo concedido la documentación solicitada; Se ha solicitado el asesoramiento técnico del Servicio de Parques y Jardines (Informe de 20 de noviembre de 2012), se han requerido nuevas aclaraciones a la UTE, a la vista del informe técnico, y a la vista de las mismas, la Mesa de Contratación, consideró suficientemente justificada la oferta, y propuso la adjudicación del contrato a dicho licitador.

Y es aquí, donde aparece la primera disfunción importante en el procedimiento, pues la consideración como justificada y suficiente de una oferta anormal no corresponde a la Mesa de Contratación, sino al órgano de contratación. Y, aunque en principio, dicha actuación sería una irregularidad no invalidante —en la medida que podría entenderse subsanada por convalidación del órgano de contratación—, no puede entenderse así, en este caso, pues aunque el procedimiento material ha seguido el camino establecido en la ley y, en consecuencia, ninguna objeción cabe plantear desde ese punto, se ha hurtado al órgano de

contratación la posibilidad de requerir un mayor asesoramiento técnico, a la vista de las aclaraciones efectuadas para justificar la oferta. Y, esa omisión, no puede considerarse una mera irregularidad.

Y es que, como alega el recurrente, en el procedimiento de verificación contradictoria, se ha omitido el informe técnico sobre las aclaraciones efectuadas por el licitador (en función del Informe del Servicio Técnico Municipal de Parques y Jardines, que indicaba la oportunidad de requerir aclaraciones a la empresa en algunos aspectos de la justificación). De manera que la Mesa tomó directamente una decisión que no le correspondía, la decisión de admitir la oferta (su justificación), sin informe técnico que avalase las aclaraciones.

Es cierto, que entra en el ámbito de las atribuciones del órgano de contratación, la decisión sobre el alance y extensión de los informes que precise, para el ejercicio y cumplimiento de sus funciones, que, en todo caso, deberán ser suficientes para que puedan motivarse las decisiones que se adopten. Es cierto, asimismo, que del Informe del Servicio Técnico Municipal de Parques y Jardines, en modo alguno, puede entenderse que la justificación de la oferta acredita la imposibilidad de la ejecución del contrato —únicamente, aconseja la oportunidad de solicitar aclaraciones en relación con los vehículos que se dedicarán a la ejecución de los servicios, y eleva a la Mesa la decisión, que considere más ajustada al Pliego, en cuanto a las cuestiones de personal que suscita la justificación—, que es la cuestión fundamental del procedimiento de verificación contradictoria. Pero lo que no puede arrogarse la Mesa de contratación, que es un órgano de asistencia, es salvar la recomendación del Informe del Servicio Técnico Municipal de Parques y Jardines, para que se solicitasen las aclaraciones oportunas y

pertinentes, aceptando una justificación que, como más tarde se dirá, introduce dudas razonables acerca del cumplimiento del PCT.

Procede, en consecuencia, atender este motivo del recurso, en tanto en cuanto la suficiencia de la justificación no fue acordada por el órgano competente.

TERCERO.- Tampoco parece, a la vista de la información facilitada por la UTE en el trámite de audiencia para justificar su oferta, y del informe técnico sobre la misma, que la resolución de la Mesa de contratación admitiéndola en el procedimiento y proponiendo la adjudicación del contrato a su favor, pueda considerarse correcta.

Y es que, desde una perspectiva sustantiva, no parecen haberse cumplido las exigencias a las que se refiere está técnica de consideración de una oferta como anormal o desproporcionada. En primer lugar, porque, como ya se ha señalado, no corresponde a la Mesa de Contratación la consideración de una baja anormal como justificada, sino al órgano de contratación; y en segundo lugar porque en la justificación que la Mesa lleva a cabo (Acta de 4 de diciembre de 2012) se introducen dudas razonables, bien acerca del cumplimiento de los pliegos por parte de la justificación de la UTE; bien, al menos, de una posible modificación de las condiciones de la oferta inicial por parte de la misma (en cuanto al cumplimiento de los pliegos en materia de personal, y en cuanto al cumplimiento en vehículos y equipos mecánicos).

En cuanto al cumplimiento del PCT en materia de personal, parece evidente que no se compagina bien cuanto se dice en la aclaración —que sirvió a la Mesa de contratación para acordar la admisión de la oferta y proponer su adjudicación—, con cuanto se manifiesta en el

Informe sobre la proposición anormal, del Servicio de Parques y Jardines, que alude a que desde dicho Servicio «*se consideró, y así se expuso en la reunión informativa prevista en el artículo 3 del Pliego Técnico, que los dos anexos de personal especializado y personal a subrogar eran compatibles y debían cumplirse*», que motivó al Servicio a diferir a la Mesa de Contratación, la decisión sobre esta cuestión. Decisión que no puede adoptarse, sino sobre la base de cuanto dicta el pliego, y cuantas aclaraciones se dieron a los licitadores, y claro está, sobre la base de la compatibilidad del personal mínimo exigido más el personal a subrogar. Sin que quepa, en este momento, aducir, como parece deducirse de la actuación de la Mesa, que es «*la no inclusión del personal indirecto*», sin mayor explicación, lo que conduce a la justificación de la oferta, y no el cumplimiento del pliego.

Las mismas circunstancias se producen en cuanto a las características de los vehículos y equipos mecánicos, que también motivó, al Servicio de Parques y Jardines, a que se requiriesen aclaraciones. Pues bien, también parecen producirse contradicciones, en cuanto se manifiesta en el Informe del indicado Servicio, y lo que se acepta por la Mesa en vía de aclaración, pues parece desprenderse que se trata de otros vehículos o equipos (propiedad de la UTE), los que ahora justifican las reservas del informe del Servicio. Y, obvio es, de ser así, estaríamos no ante una justificación de oferta, sino ante una modificación de la oferta inicial.

Las dudas razonables que se generan en la tramitación del procedimiento de verificación, son suficientes para admitir este motivo de recurso.

CUARTO.- Respecto de la falta de motivación de la notificación de la adjudicación, alegada por el recurrente, este Tribunal ha indicado en

numerosos acuerdos, entre ellos el Acuerdo 6/2012, de 31 de enero, que el artículo 151.4 TRLCSP exige que la notificación se practique a todos los licitadores, comunicando, con suficiente detalle, cuál es el resultado de la licitación, y las razones que han llevado al órgano de contratación a adoptar una decisión en tal sentido.

Como se recoge en nuestro Acuerdo 35/2012, de 21 de agosto, *«En la notificación de la adjudicación, en todo caso, deberán incluirse las puntuaciones obtenidas por los licitadores en relación con todos los criterios de valoración, no siendo suficiente incluir únicamente una puntuación global, aunque en este caso se separe la correspondiente a criterios objetivos y subjetivos. Además, será necesario que conste la justificación de cada una de las puntuaciones obtenidas en cada criterio por todos los licitadores, así como la descripción de las ventajas de la oferta del adjudicatario que determinen su selección con preferencia al resto».*

Pues bien, la notificación de la adjudicación remitida en este caso a los licitadores, carece efectivamente de la información necesaria relativa a los extremos que señala el artículo 151.4 TRLCSP, pues se limita a señalar que la adjudicataria ha presentado la oferta económicamente mas ventajosa para los intereses municipales, por presentar la mejor baja económica la cual ha sido justificada, pero sin ni siquiera desglosar la puntuación por cada uno de los criterios individuales.

Como se recoge en nuestro Acuerdo 35/2012, de 21 de agosto, *«En la notificación de la adjudicación, en todo caso, deberán incluirse las puntuaciones obtenidas por los licitadores en relación con todos los criterios de valoración, no siendo suficiente incluir únicamente una puntuación global, aunque en este caso se separe la correspondiente a criterios objetivos y subjetivos. Además, será necesario que conste la*

justificación de cada una de las puntuaciones obtenidas en cada criterio por todos los licitadores, así como la descripción de las ventajas de la oferta del adjudicatario que determinen su selección con preferencia al resto».

Procede, en consecuencia, admitir este motivo del recurso.

QUINTO.- Alega también la recurrente indefensión y nulidad por no permitir el Ayuntamiento de Zaragoza acceso a la totalidad del expediente, so pretexto de que determinados documentos habían sido calificados como «*confidenciales*» por la UTE.

En apoyo de su argumentación acude al Informe 15/2012, de 10 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, cuya argumentación y conclusiones comparte este Tribunal, y en el que, entre otras afirmaciones, se señala que:

«De acuerdo con lo anterior, la extensión de la confidencialidad a toda la propuesta por un licitador es improcedente y, en caso de que se produzca, corresponderá al órgano de contratación determinar aquella documentación de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecta a secretos técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos confidenciales, siendo necesario que se justifique debidamente en el expediente. A estos efectos, es evidente que los secretos técnicos o comerciales son la materia genuinamente confidencial, por ejemplo propuestas de ejecución que contienen políticas empresariales que constituyen la estrategia original de la empresa y que no debe ser conocida por los competidores, porque constituiría una afectación a sus estudios propios, su formulación original de carácter técnico, de articulación de medios humanos o de introducción de patentes propias».

Considera este Tribunal, en contra de lo que afirma la UTE en sus alegaciones, que la documentación aportada por ésta para justificar la viabilidad de la oferta, tanto inicialmente como en trámite de aclaraciones, no puede calificarse como confidencial, ya que en un contrato de servicios de la naturaleza del que se licita, los medios personales y materiales no pueden ser considerados *«secretos técnicos y comerciales»,* ni su conocimiento perjudica a la competencia legal y comercial con el resto de empresas del sector. Además, el procedimiento de verificación de una oferta que ha incurrido en presunción de anormalidad, debe ser susceptible de conocimiento por los interesados en la licitación, ya que contiene información que resulta necesaria para que puedan promover la revisión de aquellas actuaciones que consideren contrarias a la normativa y a las condiciones de la licitación.

Por otra parte, es consustancial al trámite de aclaraciones, recogido en el artículo 9 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el respeto a los principios de igualdad de trato y de transparencia, que la aclaración no suponga en ningún caso una modificación de los términos de la oferta, y la constancia documental en el expediente de todas las actuaciones realizadas.

En conclusión, el derecho de defensa, exigía haber accedido a lo solicitado por FCC, máxime concretados los documentos que se deseaban conocer y que eran necesarios para poder formular adecuadamente el recurso contra la licitación, tal y como ha advertido el TJUE en su Sentencia de 23 de diciembre de 2009 (Asunto C-455/08, Comisión Europea/Irlanda), por lo que procede asimismo admitir este motivo de recurso.

SEXTO.- Aunque la admisión de los motivos de recurso anteriores haría innecesario este análisis, resta analizar el eventual incumplimiento por la Mesa de contratación de las previsiones contenidas en el artículo 86.3 RGLCAP respecto de las proposiciones formuladas por empresas del mismo grupo.

Comparte este Tribunal la argumentación realizada en el extenso y pormenorizado informe de 23 de enero de 2013 del órgano de contratación al recurso —el mas completo y razonado de todo el expediente de contratación—, y por la alegante, en el sentido de que la previsión contenida en el artículo 86.3 RGLCAP no se aplica a las uniones temporales de empresas constituidas, o a constituir, por dos o mas empresas, una de las cuales se encuentre vinculada a un determinado grupo, tal y como señala —con argumentación que comparte este Tribunal— el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 137/2011, de 11 de mayo, cuando señala:

«Este Tribunal no puede por menos que reconocer, como hace en su dictamen la Abogacía General del Estado, que no procede aplicar lo dispuesto en el artículo 86 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a las uniones temporales de empresas constituidas o a constituir por dos o más empresas de las cuales una se encuentre vinculada a un determinado grupo, pero no las demás. Esta conclusión es una lógica consecuencia de la interpretación teleológica del precepto. En efecto, el fundamento de este precepto no es otro que evitar la manipulación que de la presentación de ofertas por empresas pertenecientes al mismo grupo puede derivarse para la determinación del límite cuantitativo a partir del cual una oferta debe considerarse anormalmente baja o desproporcionada. Tal presunción

no puede afectar a las uniones temporales de empresas integradas por entidades de las que no todas están vinculadas al grupo en cuestión toda vez que el contenido de la proposición y, en particular, el importe de la oferta económica se determinará por acuerdo de todas las integrantes y no atendiendo a instrucciones de la matriz del grupo».

No procede, en consecuencia, la estimación de este motivo de recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Estimar el recurso especial, presentado por D. Manuel Liébana Andres, en nombre y representación de FOMENTO DE CONTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A, frente a la adjudicación del contrato denominado «Servicio de conservación y manipulación de las fuentes ornamentales de la ciudad de Zaragoza», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza.

SEGUNDO.- Anular la adjudicación, y ordenar que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la admisión y consideración como justificada de la oferta de la UTE, justificación que deberá dejar acreditado el cumplimiento de las condiciones de los Pliegos, al objeto de motivar adecuadamente la decisión que se adopte. La notificación

de la adjudicación deberá motivarse en los términos del artículo 151.4 TRLCSP y de este Acuerdo.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO.-. El Ayuntamiento de Zaragoza, deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

QUINTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ), en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.