

Recurso nº 66/2018**Resolución nº 69/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 10 de setembro de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por P.J.C.P. actuando en nome e representación de GESTAGUA PROYECTOS S.L. contra o acordo de adxudicación da contratación da concesión do servizo de abastecemento de auga potable e saneamento do Concello de Pontevedra, expediente 2017/abertoservizos/000014, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Polo Concello de Pontevedra convocouse a licitación do contrato da concesión do servizo de abastecemento de auga potable e saneamento, cun valor estimado declarado de 213.501.225 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOUE, no BOE, na Plataforma de Contratación do Sector Público e no DOG nas datas 24.08.2017, 05.09.2017, 28.08.2017 e 12.09.2017, respectivamente.

Segundo.- O expediente da licitación recolle que a mesma estivo sometida ao Texto refundido da lei de contratos do sector público aprobado polo Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de novembro (TRLCSP, en adiante).

Terceiro.- Impúgnase a resolución de data 06.07.2018 pola que se acorda a adxudicación do contrato á entidade VIAQUA GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE GALICIA S.A.U (VIAQUA, en adiante)

Cuarto.- En data 27.07.2018 GESTAGUA PROYECTOS S.L. (GESTAGUA, en adiante) interpuxo recurso especial en materia de contratación contra á dita resolución de adxudicación, a través da sede electrónica da Xunta de Galicia.

Quinto.- Con data 30.07.2018 reclamouse ao Concello de Pontevedra o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en diante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 10.08.2018.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 17.08.2018, recibíndose as alegacións da empresa FCC AQUALIA S.A. e VIAQUA.

Sétimo.- O día 02.08.2018 acordouse manter a suspensión do procedemento.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis. 5 da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtude do disposto na Disposición Transitoria Primeira LCSP o presente recurso tramitouse conforme os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- O recorrente foi o segundo clasificado no procedemento de licitación, polo que ostenta un interese lexítimo xa que a estimación da súa pretensión podería supoñer alcanzar a condición de adxudicatario.

Cuarto.- O recurso foi interposto dentro do prazo de quince días previsto no artigo 50 da LCSP.

Quinto.- Trátase dun contrato de concesión de servizos por importe superior a 3.000.000€ e impúgnase o acordo de adxudicación, polo que o recurso é admisible segundo o establecido no artigo 44 da LCSP.

Sexto.- O recorrente interesa en primeiro lugar a exclusión do procedemento da oferta da adxudicataria, en base ao incumprimento do previsto nos pregos da licitación en relación co período máximo de xustificación da inversión.

Ademais, entende como non xustificada a viabilidade da oferta de VIAQUA incurso en presunción de anormalidade, á vista da súa oferta e da documentación presentada no trámite concedido ao efecto.

Engade que o informe técnico municipal que acredita a viabilidade da oferta non está suficientemente motivado e que vulnera o artigo 32 do TRLCSP ao valorar a experiencia de VIAQUA como actual adxudicatario do servizo.

Sétimo.- O órgano de contratación en primeiro lugar argumenta que nos atopamos ante un contrato no que o adxudicatario asume o risco operacional e non existe dereito ao mantemento do equilibrio económico do contrato e sinala a doutrina existente dos Tribunais de recursos especiais ao respecto de que un licitador pode renunciar á obtención de beneficios na súa oferta, sen que iso determine a temeridade da mesma.

Ademais, rebate as argumentacións do recurso, en base ás consideracións que se irán analizando nesta Resolución.

Oitavo.- Para fixar con claridade os termos do debate faremos unha inicial referencia aos principais aspectos procedimentais a ter en conta neste recurso.

Así, cada un dos licitadores presentou no sobre C correspondente á oferta avaliable con criterios automáticos un estudio económico financeiro, que no caso de VIAQUA ten unha extensión de 139 páxinas. Eses estudos foron obxecto de informe polo equipo técnico do órgano de contratación, o cal estimou respecto ao presentado por VIAQUA que cumpría co esixido no PCAP, sen ningunha salvedade ao respecto, e que era congruente co conxunto da oferta presentada no referente ao persoal e

medios ofertados. Ademais, entende que os cálculos presentados pola adxudicataria están xustificados e conclúe que o conxunto dos estudos económico financeiros presentados son “*aceptables para a xustificación das respectivas ofertas*”.

A continuación, tras calcular o limiar de temeridade segundo o previsto no PCAP e apreciar a consideración das ofertas presentadas por VIAQUA e outro licitador incursas en presunción de anormalidade, presentouse pola adxudicataria, no trámite establecido ao efecto, unha xustificación da súa oferta cunha extensión de 239 páxinas. Esta xustificación foi obxecto de valoración favorable mediante informe técnico do órgano de contratación dunha extensión de 30 páxinas. Finalmente, propónse a VIAQUA como adxudicataria da licitación.

A continuación, o primeiro que procede analizar é o argumento da recorrente ao respecto do posible incumprimento pola oferta da adxudicataria do prazo máximo fixado nos pregos para a recuperación da inversión.

A cláusula 14.4 na que se fundamenta a alegación do recorrente establece o seguinte:

“14. Revisión de prezos.

4. A revisión de prezos non poderá ter lugar transcorrido o período de recuperación da inversión previsto no contrato.

Para as condicións iniciais consideradas no anteproxecto de explotación, resulta $n = 11$ anos. O devandito período (n) de recuperación está calculado para o suposto de canon mínimo e investimentos en obras mínimas (presuposto de execución material que é o considerado a estes efectos no anteproxecto): 12,24 millóns de euros.

Dado que os licitadores poden mellorar as devanditas contías, o período de revisión de prezos a aplicar ao contrato será o resultado de aplicar para o cálculo do VAN, a proxección económica que aparece no Anteproxecto (Apéndice 2, memoria de revisión de prezos), reflectindo a contía de investimentos que cada licitador oferte. Para os efectos de facilitar a aplicación futura do réxime de revisión de prezos, considérase sempre un número enteiro de anos.

En todo caso, este período nunca poderá superar os 14 anos, período que permite configurar un proxecto de investimento, inicial, eficiente e de axeitada xestión empresarial.”



Con base nesta cláusula, argumenta o recurso que a adxudataria na súa oferta indica un fluxo neto de caixa acumulado que non é positivo ata o décimo sexto ano, polo que o seu período de recuperación da inversión é dous anos superior ao permitido.

O órgano de contratación oponse a ese razoamento, indicando que *“no se produce incumplimiento del artículo 14 del PCAP a que se refiere el recurrente, ya que dicho artículo regula la revisión de precios exclusivamente y no impone que los estudios económicos en que sustentan sus ofertas los licitadores, cumplan con el período de recuperación (n) que fija, de acuerdo con la normativa desindexadora, el período máximo de revisión de precios del contrato”*.

A este respecto, é preciso sinalar que a cláusula 19 do PCAP, no apartado referente aos criterios avaliados automaticamente mediante fórmulas, sinala expresamente:

“Deberá achegarse, co fin de comprobar a viabilidade da concesión e os termos nos que a mesma se anoa, un estudo Económico - financeiro da concesión, que se elaborará contendo as diferentes previsións:

...

6. - A estrutura de custos de cada un dos estudos económico financeiros será a seguinte:

Custos	FIXOS	Persoal
		Conservación e mantemento
		Medios materiais e auxiliares
		Xestión administrativa, oficinas e almacén
		Control Calidade auga
		Amortización canon inicial, investimentos, etc(**)
	VARIABLES	Reactivos
		Energía eléctrica
		Xestión de residuos
		Xestión de recibos
	Gastos xerais (*)	
	Beneficio industrial (*)	
	IVE	

() Os Gastos Xerais e o Beneficio Industrial virán cuantificados e expresados en porcentaxe sobre a base de tódolos conceptos de gastos relacionados*

*(**)Presentarase de forma detallado o tipo de interese anual aplicable á operación, sendo o período de amortización de 20 anos.”*

Á vista do anterior, non se pode aceptar a argumentación do recorrente e debe desestimarse este motivo do recurso. O contido do PCAP é claro neste aspecto, diferenciando o período de amortización da inversión do cálculo necesario para a revisión de prezos no contrato, fixado nunha cláusula independente cunha regulación clara e precisa para a súa determinación.

O feito de que o estudo económico financeiro da adxudicataria recolla un fluxo de caixa positivo a partir de décimo sexto ano en nada contradí o previsto no PCAP.

A referencia resaltada no recurso cara o último parágrafo da cláusula 14, que expresa que *“este período nunca poderá superar os 14 anos”*, refírese sen ningunha dúbida ao período de revisión de prezos, e non ao de recuperación da inversión como pretende o recorrente.

Ademais, podemos resaltar que o órgano de contratación no seu informe sinala que *“todos los licitadores tendrían esa posible incoherencia, incluido el propio recurrente”*, o cal denota a inviabilidade do camiño interpretativo de GESTAGUA.

Noveno.- O seguinte fundamento do recurso refírese á consideración polo Concello como viable da oferta de VIAQUA, incurso inicialmente en presunción de temeridade.

O órgano de contratación, ademais de opoñerse aos diversos argumentos do recorrente, segundo indicaremos a continuación, fai referencia a que nos atopamos ante un contrato no que o adxudicatario asume o risco operacional.

O PCAP na súa cláusula 23 sobre ofertas anormais ou desproporcionadas e unha vez determinada a fórmula para o seu cálculo, establece nos seus apartados 3, 4 e 5:

“3. En todo caso, e ao amparo do art. 152.2 do TRLCSP, faise constar que a relación de melloras en obras, que figuran incluídas no anexo 2 do anteproxecto de explotación, comprende a práctica totalidade do conxunto dos investimentos



necesarios para finalizar as infraestruturas do ciclo integral da auga, en todo o termo municipal. O presuposto global da totalidade destas obras é de tal envergadura económica que non son previsiblemente alcanzables en ningún caso, xa que cuadriplican o valor utilizado no estudo de viabilidade incluído no Anteproxecto de explotación, do que resultaría un proxecto de investimento que cabería reputar de palmariamente inviable.

Neste sentido, e dada a súa evidencia, unha hipotética oferta da totalidade destas obras sería considerada incursoa en presunción de desproporcionalidade, debendo as que se presente limitarse a aquelas que poidan xustificar axeitadamente nos seus estudos de viabilidade, como de feito así ha de suceder co conxunto da oferta

4. As empresas que, segundo o anterior, se atopen inicialmente en presunción de desproporcionalidade, segundo o informe técnico de valoración, disporán dun prazo de cinco (5) días hábiles para a xustificación da viabilidade da súa proposta, xustificación que haberá de referirse nos termos sinalados polo art. 152.3 do TRLCSP e sobre a que, necesariamente, se pronunciarán de novo os informes técnicos do servizo correspondente. Nesta xustificación, e polos motivos precisados no mencionado art. 152.3 do TRLCSP, as empresas poderán explicar os prezos ou custos que elas consideren e as porcentaxes de gastos xerais, etc. dos que partan. En todo caso, as súas explicacións haberán de estar suficientemente motivadas e xustificadas ou acreditadas para poder ser estimadas. En todo caso se cualificará como desproporcionada aquela oferta na que o prezo e os custes anormalmente baixos propostos resultan do incumprimento do Dereito imperativo da Unión Europea ou do Dereito nacional compatible con este en materia social, laboral ou medioambiental, ou de disposicións do Dereito laboral internacional. En particular, a xustificación dos custes de persoal que supoñan o incumprimento de Convenios Colectivos de aplicación preceptiva e obrigatoria (incluída a omisión do deber de subrogación edas súas condicións), suporá o rexeitamento da oferta.

5. A Mesa de contratación, de acordo co art. 22.1 f) do RD 817/2009, tramitará o procedemento sinalado e efectuará, se é o caso, proposta de declaración como anormal ou desproporcionada, correspondendo a súa declaración como tal, e a súa exclusión da licitación, ao órgano de contratación, de conformidade co art. 152 TRLCSP.

O órgano de contratación declarará que a oferta non poderá ser cumprida como consecuencia da inclusión de valores desproporcionados ou anormais, á vista das explicacións do licitador e do informe técnico, cando o custo das melloras e propostas sinaladas na oferta, e á vista da globalidade do seu contido, supoña a imposibilidade de obter beneficio de ningún tipo, por mínimo que sexa, coa execución



do contrato. Para os efectos das súas valoracións, o órgano de contratación poderá considerar a relación entre a solvencia da empresa e a oferta presentada. Non obstante, poderían admitirse unha TIR nula, se ben neste caso a empresa haberá de xustificar, cunha motivación reforzada, que o risco implícito en tal previsión podería ser cuberto con resultados positivos e acreditados da empresa no resto da súa actividade, como estratexia comercial para posicionarse no mercado ou outras razóns fundadas. A falta de suficiente garantía ao respecto partindo das condicións da empresa, considerando o prazo e peso do contrato, ocasionará a desestimación da oferta.”

O artigo 152 do TRLCSP sinala ao respecto das baixas anormais ou desproporcionadas nos seus apartados 3 e 4, o seguinte:

“3. Cando se identifique unha proposición que poida ser considerada desproporcionada ou anormal, deberá darse audiencia ao licitador que a presentara para que xustifique a valoración da oferta e precise as condicións da mesma, en particular no que se refire ao aforro que permita o procedemento de execución do contrato, as solucións técnicas adoptadas e as condicións excepcionalmente favorables de que dispoña para executar a prestación, a orixinalidade das prestacións propostas, o respecto das disposicións relativas á protección do emprego e as condicións de traballo vixentes no lugar en que se vaia a realizar a prestación, ou a posible obtención dunha axuda de Estado.

No procedemento deberá solicitarse o asesoramento técnico do servizo correspondente.

(...) 4. Se o órgano de contratación, considerando a xustificación efectuada polo licitador e os informes mencionados no apartado anterior, estimase que a oferta non pode ser cumprida como consecuencia da inclusión de valores anormais ou desproporcionados, a excluírá da clasificación e acordará a adxudicación a favor da proposición economicamente máis vantaxosa, de acordo coa orde en que fosen clasificadas conforme ao sinalado no apartado 1 do artigo anterior”.

Igualmente o artigo 69.3 da Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, sinala que:

“los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta parezca anormalmente baja para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos”



Na Resolución TACGal 14/2018 dimos conta da doutrina consolidada existente sobre as baixas anormais ou desproporcionados, con referencias, entre outras, a que:

“ - O artigo 152 do TRLCSP habilita para que os pregos poidan establecer límites que permitan apreciar, no seu caso, que a proposición non pode ser cumprida como consecuencia da inclusión de valores anormais ou desproporcionados. A superación de tales límites non permite excluír de maneira automática a proposición, dado que é precisa a audiencia do licitador a fin de que este poida xustificar que, non obstante os valores da súa proposición, si pode cumprir o contrato. Desta maneira, a superación dos límites fixados no prego configúrase como presunción de temeridade que debe destruírse polo licitador, correspondéndolle só a el a xustificación da súa proposición (Resolución 142/2013, do 10 de abril, con cita da 121/2013, do 23 de maio, ambas do TACRC).

- A apreciación de que a oferta ten valores anormais ou desproporcionados non é un fin en si mesmo, senón un indicio para establecer que a proposición non pode ser cumprida como consecuencia diso. De acordo con iso, a apreciación de se é posible o cumprimento da proposición ou non debe ser consecuencia dunha valoración dos diferentes elementos que concorren na oferta e das características da propia empresa licitadora, sen que sexa posible a súa aplicación automática (Resolución 240/2012 do TACRC).

- A decisión sobre se a oferta pode cumprirse ou non corresponde ao órgano de contratación, que debe sopesar as alegacións formuladas pola empresa licitadora e os informes emitidos polos servizos técnicos. Evidentemente nin as alegacións mencionadas nin os informes teñen carácter vinculante para o órgano de contratación, que debe valorar adecuadamente ambos e adoptar a súa decisión con base neles (Resolucións 24/2011, do 9 de febreiro, 72/2012, do 21 de marzo, ou 121/2012, do 23 de maio).

- Na Resolución 142/2013 do TACRC indícase que aínda admitindo que a forma normal de actuar no mundo empresarial non é facelo presumindo que se sufrirán perdas como consecuencia dunha determinada operación, situación esta que só se produciría se aceptamos os cálculos de custos da recorrente, é claro tamén que entre as motivacións do empresario para emprender un determinado negocio non só se contemplan as específicas dese negocio concreto, senón que é razoable admitir que para establecer o resultado de cada contrato, fágase unha avaliación conxunta cos restantes negocios celebrados pola empresa e que, analizado desde esta perspectiva, poida apreciarse que produce un resultado favorable (Resolucións 24/2011, xa citada, e 303/2011, do 7 de decembro de 2011, do TACRC).



- A Lei establece un procedemento contradictorio para evitar que as ofertas desproporcionadas se poidan rexeitar sen comprobar previamente a súa viabilidade. Non se trata de que o licitador xustifique exhaustivamente a oferta desproporcionada, senón de prover de argumentos que permitan ao órgano de contratación chegar á convicción de que pode levar a cabo (Resolucións 82/2015, do 23 de xaneiro, 269/2015, do 23 de marzo, e 465/2015, do 22 de maio, do TACRC). Non resulta necesario que por parte do licitador se proceda á desagregación da oferta económica, nin a unha acreditación exhaustiva dos distintos compoñentes dela, senón que abonda con que ofrezca ao órgano de contratación argumentos que permitan explicar a viabilidade e seriedade da oferta (Resolución nº 17/2016, do 15 de xaneiro).

- Os argumentos ou xustificacións achegados polo licitador deben ser máis profundos canto maior sexa a desproporción da oferta (Resolucións 82/2015, do 23 de xaneiro, e 1061/2015, do 20 de novembro, do TACRC). E do mesmo xeito, a menor porcentaxe de baixa, menor grao de exhaustividade na xustificación que se ofrezca (Resolucións 559/2014 e 662/2014)."

Rematábamós esa escolma "coa referencia recollida na resolución 3/2018 do Órgano Administrativo de Recursos Contractuais de Euskadi que menciona que: "el poder adjudicador goza de un amplio margen en el procedimiento de apreciación de la temeridad..."

Tamén na nosa Resolución TACGal 45/2018 indicabamos respecto á exclusión dun licitador:

"A maiores, non por coñecido non debe ser traído que a exclusión é un resultado especialmente gravoso, polo que a proporcionalidade non é un principio menor ao respecto."

E seguindo esa liña argumental, a nosa Resolución 53/2018 explica:

"Por outro lado, aquí estamos en presenza da impugnación dunha decisión de, precisamente, non excluír a un licitador, isto é, dunha decisión que vai na dirección cara a concorrência, a efectos de que poida ser adxudicatario quen presenta a mellor opción para os intereses públicos. Evidentemente, isto só se pode facer con quen cumpra coas condicións da licitación e presente unha oferta economicamente viable, pero a motivación ha de ser reforzada naqueles casos onde a decisión da un resultado restritivo desa concorrência, como sucede cando a conclusión é a exclusión ou non admisión (por todas tamén, Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, TACRC, 332/2017).

...



En definitiva, como é doutrina consolidada, non se trata que o licitador xustifique exhaustivamente a oferta desproporcionada, senón de prover de argumentos que permitan ao órgano de contratación chegar á convicción de que se pode levar a cabo. Como tampouco é necesario que proceda á desagregación da oferta económica nin a unha acreditación exhaustiva dous distintos compoñentes dela, senón que abonda con que ofrezca ao órgano de contratación argumentos que permitan explicar a viabilidade e seriedade da oferta (por todas, Resolución TACRC 82/2015), o cal apareceu no presente caso”

Tomando como referencia esta consolidada doutrina, analizaremos a continuación os diversos argumentos recollidos no recurso polos que se aprecia como inviable a oferta da adxudicataria.

-Gastos de electricidade.

O recorrente entende que VIAQUA presenta “unos costes por electricidad absolutamente irreales y cuando menos voluntaristas en grado extremo, ya que por un lado la adjudicataria dice ayudarse de una mini central hidráulica para la ETAP y, por otro lado, los porcentajes de bombeo de Monte Porreiro y de Pontillón aplicados por la adjudicataria no se ajustan a lo establecido por el órgano de contratación, lo que propicia unos costes de energía de VIAQUA en términos inalcanzables”.

En canto ao primeiro aspecto sinalado, a instalación da minicentral, sinala que a adxudicataria prevé aforros por esta infraestrutura dende o primeiro ano de contrato, *“cando resulta altamente improbable, por no decir imposible, que las inversiones y el ahorro provocado se disfruten antes del cuarto año de contrato”*, dada a normativa aplicable a este tipo de instalacións. E, polo que se refire ao bombeo, sinala que VIAQUA afástase das porcentaxes de anos anteriores, hipótese que cualifica como “temeraria”

O órgano de contratación no seu informe rexeita esas consideracións. Indica que o alegado polo recorrente son meras suposicións sube os prazos da tramitación que en absoluto se teñen que axustar á realidade. Defende que VIAQUA presentou un conxunto de *“medidas e melloras técnicas encaminadas a reducir el consumo de energía”*. Sinala que *“fue de las licitadoras la que mejor desglose realizó de los distintos costes y que”justifica sus cálculos y sus previsiones”*. Respecto ás porcentaxes aplicadas, indica que VIAQUA *“manifiesta el porqué se podrá utilizar más el agua embalsada de Pontillón y lo explica claramente”*.



E conclúe o órgano manifestando nese aspecto que *“desde el punto de vista técnico quedan suficientemente justificadas las previsiones realizadas”*.

-Gastos financeiros e imposto de sociedades

O recorrente sinala que a adxudicataria non incorporou o imposto de sociedade na conta de resultados nin no fluxo de caixa presentados. E respecto aos gastos financeiros tampouco foron incluídos no fluxo de caixa. Entende que a súa inclusión determinaría a inviabilidade do proxecto, modificando á baixa o seu VAN e TIR. Acompaña cadro demostrativo ao respecto.

O órgano de contratación sinala que o propio estudo do anteproxecto elaborado polo Concello non contemplaba o imposto de sociedades, ao ser un imposto sobre a actividade global da empresa, e engade que os gastos financeiros foron axeitadamente detallados pola adxudicataria no seu estudo económico.

-Gastos en obras

Neste aspecto, o recorrente sinala que a adxudicataria ofertou unhas obras a realizar segundo o previsto no PCAP por importe de 58.028.179,44€ pero, sen embargo, lles fixou un custo de execución material de 28.842.420.41€ no seu estudo económico, polo que ou incumpre o PCAP ou presenta unha oferta inviable. En apoio da súa postura cita unha resposta do Concello a unha pregunta dun licitador.

O órgano de contratación sinala que o *“concesionario deberá ejecutar las obras ofertadas en coherencia co anteproxecto”* elaborado polo Concello, pero que o custo para el desas obras dependerá de distintos factores, ben se as fai polos seus propios medios ou as subcontrata. Así foi entendido por todos os licitadores, incluído o recorrente, que presentaron nos seus estudos económicos uns gastos previstos inferiores aos importes dos anteproxectos, especificando que a empresa recorrente na súa oferta estima unhas obras de mellora que *“suponen, considerando presupuesto de ejecución por contrata 54.128.849,39€ y el coste imputado es de 36.235.015,00€”*.

Pois ben, respecto a estes tres aspectos alegados podemos concluír que este Tribunal non aprecia os vicios alegados pola recorrente que permitan estimar a inviabilidade da proposta.

Os cálculos da adxudicataria sobre os gastos de electricidade son detallados e, segundo o órgano de contratación, “*suficientemente xustificadas*”, sen que as alegacións de GESTAGUA permitan crebar a discrecionalidade técnica do Concello. Os prazos sobre a posta en marcha da instalación calculados no recurso son simples estimacións, baseadas nalgún caso en supostos erróneos como indica o órgano de contratación, e o consumo de electricidade a causa das porcentaxes de bombeo de auga é un cálculo que debe realizar cada licitador na súa oferta, sen que se poida rebater co mero argumento de que son diferentes aos actuais, cando precisamente VIAQUA xustifica esa modificación, segundo recolle o Concello. Ademais, tamén é relevante que para o calculo dos gastos eléctricos VIAQUA presenta un conxunto de medidas a realizar, non só as indicadas no recurso, sen que, por exemplo, a propia instalación de planta de autoconsumo supoña o aforro máis relevante.

Respecto ao imposto de sociedades e os gastos financeiros queda acreditado que a adxudicataria se axustou na súa documentación ao modelo previsto polo órgano de contratación, polo que non cabe apreciar vicio ao respecto, e ademais recolle no seu estudo e na xustificación presentada os custos financeiros, de xeito que o Concello estimou suficiente.

Sobre as obras, non se pode acoller a tese da recorrente. As ofertas presentadas deben axustarse aos parámetros fixados polo Concello e aos anteproxectos realizados. Os diversos importes das melloras evidentemente terán que valorarse en termos de igualdade, polo que deberán ser homoxéneos.

Pero iso non é obstáculo para que cada un dos licitadores, como así fixeron todos eles, estimen nos seus estudos económicos que esas obras a realizar suporán uns custos determinados, que estiman segundo os seus propios cálculos, non mostrándose ante este Tribunal o máis mínimo indicio sobre erro ou incongruencia neses gastos previstos pola oferta da adxudicataria, que permita apreciar a inviabilidade dos mesmos.

O PCAP non obriga a un determinado custo final desas obras para o eventual contratista, algo que sería ilóxico, senón que determina as obras a realizar e presenta

aos licitadores os anteproxectos aos que se deberán axustar, pero non determina o custo final de execución, que poderá ser superior ou inferior ao previsto.

Por todo o anterior procede a desestimación dos motivos do recurso indicados.

Décimo.- Para unha maior coherencia desta Resolución, referímonos nun apartado diferente ás alegacións do recurso referentes aos gastos de persoal.

A recorrente expresa que a oferta técnica de VIAQUA sinalaba a adscrición ao contrato de 63,24 traballadores a xornada completa, cifra superior aos 54,28 recollidos no PCAP como susceptibles de subrogación. Sen embargo, engade, o importe da partida de persoal no estudo económico é a correspondente a eses 54,28 traballadores polo que lle debería sumar o importe desa diferenza, importe que a recorrente estima en 153.505,23€ anuais, algo que a adxudicataria non fixo e que non se puxo de manifesto no informe técnico, o que cuestiona gravemente a viabilidade da oferta, na súa tese.

O órgano de contratación no seu informe ao recurso sinala que *“en los informes técnicos realizados se tuvo en cuenta que los costes del resto de personal afectado a mayores de los subrogables los consideraban dentro de las partidas de gastos generales y gestión administrativa, como se hace constar en la página 28 del estudio económico financiero”*.

Efectivamente, tal e como sinala o recorrente, a oferta técnica da adxudicataria establece un total de 63,24 traballadores adicados ao contrato, indicando no seu estudo económico unha contía por gastos de persoal que só cubre ao persoal obxecto de subrogación é dicir, 54,28.

En primeiro lugar, compre sinalar que, con carácter xeral, este Tribunal non estima correcto distribuír os custos de persoal entre diversas partidas económicas. Os gastos de persoal é un apartado concreto e diferenciado, polo que é este o apartado natural para os custos desa dimensión. Nun suposto como o presente, o feito de que determinado persoal adscrito á execución do contrato teña ou non a súa orixe nunha obriga de subrogación en nada afecta á súa propia natureza. Na oferta da adxudicataria tampouco se diferencia en apartados globais diferentes entre un e outro persoal, polo que imputar no estudo económico unha parte deses gastos como custos indirectos non semella formalmente o máis axeitado.

Pero, unha vez realizada esta precisión, debemos trasladar que iso non pode determinar a exclusión da oferta da adxudicataria por entender que a mesma non é viable, que é o que aquí nos ocupa. Como sinalamos anteriormente, non resulta necesario que por parte do licitador se proceda á desagregación da oferta económica, nin a unha acreditación exhaustiva dos distintos compoñentes dela, senón que abonda con que ofrezca ao órgano de contratación argumentos que permitan explicar a viabilidade e seriedade da oferta.

Como sinala o Informe 3/2012 da Xunta Consultiva de contratación administrativa de Cataluña:

“la justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste, pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que conforme a dicha aclaración, la suma es viable, de tal forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato quede garantizada, en el modo y manera establecidos en el pliego de condiciones”.

Neste caso concreto, VIAQUA presenta unha xustificación de 103 páxinas máis diversos anexos, nas que desenvolve pormenorizadamente os seus cálculos de gastos e ingresos. Hai que salientar ademais a estes efectos, que as empresas licitadoras xa presentaron con anterioridade un estudo económico detallado como parte das súas ofertas, polo que o único que procede, neste trámite, é argumentar a xustificación da súa oferta.

Así, comprobamos que VIAQUA no seu estudo económico efectivamente fai referencia a eses gastos, tal e como sinala o órgano de contratación no seu informe, o que inicialmente desvirtúa a presunción de incongruencia entre ambos documentos. Igualmente, o órgano de contratación sinala que *“en los informes técnicos realizados se tuvo en cuenta que los costes del resto de personal afectado a mayores de los subrogables los consideraban dentro de las partidas de gastos generales y gestión administrativa”*. De feito, como xa indicamos, no informe do estudo económico do sobre C dos distintos licitadores especificamente se analizaban os gastos de persoal, estimándose os mesmos correctos.

Ademais, o importe deses gastos calculados no texto do recurso ascende a cantidade de 152.505,23€, cantidade que tal e como sinala o órgano de contratación

“es asumible en su totalidad por esta partida” (a de gastos xerais), o que serve de argumento para entendelos efectivamente incluídos.

Pero aínda admitindo, a efectos dialécticos, o argumento da recorrente de que non estivesen eses gastos previstos no estudo económico da adxudicataria, o feito de que sexan claramente inferiores aos gastos xerais previstos, permite concluír que ese feito non podería supoñer estimar a súa oferta como inviable.

En conclusión, este Tribunal entende que, sendo a decisión sobre se a oferta pode ou non ser cumprida competencia do órgano de contratación en base á súa discrecionalidade técnica e correspondendo a este TACGal unha función meramente revisora desa decisión, non procede estimar este motivo de recurso.

Undécimo.- O seguinte argumento do recurso é a insuficiencia do informe do Concello sobre a xustificación da temeridade, en relación co acentuado da mesma. Sinala a este respecto o recorrente que, en base ao contido do PCAP, a xustificación da oferta da adxudicataria debía ser especialmente fundada, e *“debíó ser objeto de un análisis particularmente profundo que como hemos visto no se ha hecho por el órgano de contratación”*. Engadindo a continuación que a oferta afástase dunha remuneración acorde a prezos de mercado.

O órgano de contratación defende a súa actuación, argumentando o necesario respecto á discrecionalidade técnica que ampara aos informes efectuados e cita diversas Resolucións do TACRC.

Neste apartado, debemos reiterar como xa indicamos en varias das nosas resolucións que a función deste Tribunal é de control do cumprimento dos principios e dos trámites legais do procedemento de licitación, non sendo posible a substitución do xuízo técnico do órgano de contratación, sempre que exista a debida motivación e non nos atopemos ante situacións de arbitrariedade.

É certo que non se pode obviar que a propia redacción da cláusula 23.3 do PCAP sinala que *“o presuposto global da totalidade destas obras é de tal envergadura económica que non son previsiblemente alcanzables en ningún caso, xa que cuadruplican o valor utilizado no estudo de viabilidade incluído no Anteproxecto de explotación, do que resultaría un proxecto de investimento que cabería reputar de palmariamente inviable”*. E a este respecto, a adxudicataria ofertou unhas obras por importe de 58.028.179,44€ sobre un total de 58.231.015€.



Agora ben, como xa recollimos anteriormente nesta Resolución, ese é o valor ofertado segundo o orzamento dos anteproxectos presentados polo Concello, que non ten que coincidir co custo reflectido polas licitadoras nos seus estudos económicos, que, como sinalou o órgano de contratación, en todos os casos foron inferiores aos orzamentos previstos. E precisamente é ese gasto que para a licitadora teñen as obras a realizar o que debe ser obxecto de xustificación xunto co resto de elementos económicos que configuran a súa oferta, para que o órgano de contratación poida valorar a súa viabilidade.

Hai que ter en conta as especiais características desta licitación, na que xa se presentou polos licitadores un exhaustivo estudo económico, que como indicamos anteriormente no caso da adxudicataria ascendeu a 150 páxinas, que foi obxecto de valoración polo órgano de contratación, non podendo o trámite de audiencia previsto no artigo 152.3 do TRLCSP supoñer unha nova avaliación pormenorizada do xa examinado, nin pretendese que o informe técnico sobre a viabilidade reitere cada un dos argumentos xa expostos con anterioridade.

Ese informe municipal sobre a viabilidade da oferta, tras a extensa xustificación presentada pola licitadora, recolle, entre outros, argumentos como os seguintes:

- VIAQUA *“es la oferta con 2º mayores costes propuestos, por lo que no podemos suponer que la oferta presentada se sustenta en un ahorro directo de los costes asumidos”*.

- No apartado de ingresos e mediante un *“análisis pormenorizado”*, plantea *“unas hipótesis de usuarios y de consumos de agua sustentados en datos justificados”*.

- O estudo económico de VIAQUA *“es completo y minucioso, por lo que en este apartado plantea de forma justificada los cálculos realizados”*.

Polo que cabe apreciar que o órgano de contratación chegou á razoada conclusión da viabilidade da oferta presentada, o que afasta a presunción de arbitrariedade.

E non se pode ignorar a relevancia que merece o apartado 5 da dita cláusula 23 xa citada, que establece que *“o órgano de contratación declarará que a oferta non poderá ser cumprida como consecuencia da inclusión de valores desproporcionados*



ou anormais, á vista das explicacións do licitador e do informe técnico, cando o custo das melloras e propostas sinaladas na oferta, e á vista da globalidade do seu contido, supoña a imposibilidade de obter beneficio de ningún tipo, por mínimo que sexa, coa execución do contrato”. Engadindo que incluso “poderían admitirse unha TIR nula, se ben neste caso a empresa haberá de xustificar, cunha motivación reforzada, que o risco implícito en tal previsión podería ser cuberto con resultados positivos e acreditados da empresa no resto da súa actividade, como estratexia comercial para posicionarse no mercado ou outras razóns fundadas”.

Neste punto, resulta de especial importancia significar que a oferta da adxudicataria contempla un beneficio na execución contractual e, ademais, na xustificación presentada aporta a comparativa da súa esperada rendibilidade con respecto ás ofertas de varios licitadores e ás condicións de mercado.

Ao respecto desa escasa rendibilidade alegada no recurso, xa sinalamos na nosa Resolución 53/2018 deste TACGal o seguinte:

“En todo caso, sobre a renuncia ao beneficio económico, significar que na Resolución TACGal 25/2018 expresabamos:

“Esta doutrina consolidada do TACRC é congruente coa xeral fixada polos diversos Tribunais administrativos respecto á valoración das ofertas, admitindo, por exemplo, a viabilidade de ofertas cun prezo de cero euros nalgunha prestación”

Por todas, na Resolución TACRC 379/2014 xa se recollía:

“...no olvidemos que como tiene declarado este Tribunal en diversas resoluciones como las ya citadas las normas sobre presunción de temeridad no deben considerarse como un fin en sí mismas, sino como un elemento que permite valorar si el contrato se puede ejecutar por la empresa que lo propone. En este sentido, no vulnera las normas sobre temeridad el que se adjudique el contrato a una empresa que va a ejecutarlo disminuyendo sus beneficios por debajo de lo que sería esperable o incluso a pérdidas o porque pueden existir muchas y muy diferentes motivaciones para ejecutar el contrato en esas condiciones. Las normas sobre temeridad no imponen de manera absoluta la necesidad de valorar la congruencia económica de la oferta en sí misma, sino si es viable que la empresa licitadora la ejecute.”

O anterior non é óbice para significar que, no tocante ás baixas anormais, a renuncia ao beneficio é un dato ao que atender para a análise de se estamos ou non

perante unha oferta viable, e, neste sentido, na xustificación das mesmas polo licitador este debería facer algunha referencia de en que contexto se produce tal renuncia a efectos de poder apreciar a súa razoabilidade en canto a esta dimensión de que a proposición presentada vaise poder levar a efecto.”

A este respecto, unido a que a oferta contempla un beneficio económico, a adxudicataria argumenta o seu interese na prestación do servizo como *“escaparate e modelo de xestión para o resto de poboacións de Galicia”*, engadindo que se ben a rendibilidade proposta cubre *“minimamente o requirido para o uso eficiente de capitais propios e alleos, a isto hai que engadir outra rendibilidade, non só económica, senón tamén a comercial”*.

Duodécimo.- O último argumento do recurso fundaméntase na vulneración do principio de igualdade ao incumprirse o artigo 32 d) do TRLCSP que sinala como nulos aqueles actos que outorguen de forma directa ou indirecta vantaxes ás empresas que contratasen previamente con calquera Administración. Entende o recorrente que, ao valorar o informe técnico sobre a viabilidade da oferta de VIAQUA a experiencia previa na prestación do servizo como condición favorable, estase a vulnerar o citado precepto.

A este respecto, xa sinalamos en anteriores resolucións que o licitador incurso en presunción de temeridade pode aportar aqueles argumentos que considere oportunos en defensa da viabilidade da súa oferta. Nese sentido, non é ilóxico que o coñecemento que como empresa poida ter das prestacións a levar a cabo no contrato poida ser posto de manifesto ante o órgano de contratación a estes efectos. Así é admitido polos Tribunais de recursos contractuais nas súas resolucións (por todas, Resolución do TACRC 623/2017 e do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid 81/2018).

Reiteramos que o licitador debe aportar argumentos ao órgano de contratación que permitan apreciar a viabilidade da súa proposta e, nese contexto, as circunstancias da propia empresa poden ser obxecto de valoración.

Como sinala o TACRC na Resolución 623/2017 citada polo órgano de contratación:

“este Tribunal entiende que no ha existido trato discriminatorio para los demás licitadores, cuando al valorar la justificación de su oferta por la empresa adjudicataria

haya podido tomar en consideración el conocimiento previo del servicio objeto del contrato que habría obtenido del licitador como actual proveedora”.

En conclusión, tendo en conta que a exclusión dunha oferta pola súa inviabilidade é unha excepción ao principio xeral de adxudicación á oferta máis vantaxosa e, entendendo o órgano de contratación de acordo ao seu criterio técnico que a proposta de VIAQUA é economicamente viable, non aprecia este Tribunal motivos suficientes para estimar incorrecta ou arbitraria esa decisión.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Desestimar** o recurso interposto por GESTAGUA PROYECTOS S.L. contra o acordo de adxudicación da contratación da concesión do servizo de abastecemento de auga potable e saneamento do Concello de Pontevedra.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.