

Recurso nº 66/2018

Resolución nº 69/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por P.J.C.P. actuando en nombre y representación de GESTAGUA PROYECTOS S.L. contra el acuerdo de adjudicación de la contratación de la concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y saneamiento del Ayuntamiento de Pontevedra, expediente 2017/abertoservizos/000014, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Ayuntamiento de Pontevedra se convocó la licitación del contrato de la concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y saneamiento, con un valor estimado declarado de 213.501.225 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE, en el BOE, en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOG en las fechas 24.08.2017, 05.09.2017, 28.08.2017 y 12.09.2017, respectivamente.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida al Texto refundido de la ley de contratos del sector público aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en adelante).

Tercero.- Se impugna la resolución de fecha 06.07.2018 por la que se acuerda la adjudicación del contrato a la entidad VIAQUA GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE GALICIA S.A.U (VIAQUA, en adelante)

Cuarto.- En fecha 27.07.2018 GESTAGUA PROYECTOS S.L. (GESTAGUA, en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación contra dicha resolución de adjudicación, a través de la sede electrónica de la Xunta de Galicia.

Quinto.- Con fecha 30.07.2018 se reclamó al Ayuntamiento de Pontevedra el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 10.08.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 17.08.2018, recibándose las alegaciones de la empresa FCC AQUALIA S.A. y VIAQUA.

Séptimo.- El día 02.08.2018 se acordó mantener la suspensión del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera LCSP el presente recurso se tramitó conforme los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- El recurrente fue el segundo clasificado en el procedimiento de licitación, por lo que ostenta un interés legítimo ya que la estimación de su pretensión podría suponer alcanzar la condición de adjudicatario.

Cuarto.- El recurso fue interpuesto dentro del plazo de quince días previsto en el artículo 50 de la LCSP.

Quinto.- Se trata de un contrato de concesión de servicios por importe superior a 3.000.000€ y se impugna el acuerdo de adjudicación, por lo que el recurso es admisible segundo lo establecido en el artículo 44 de la LCSP.

Sexto.- El recurrente interesa en primer lugar la exclusión del procedimiento de la oferta de la adjudicataria, en base al incumplimiento de lo previsto en los pliegos de la licitación en relación con el período máximo de justificación de la inversión.

Además, entiende como no justificada la viabilidad de la oferta de VIAQUA incurra en presunción de anormalidad, a la vista de su oferta y de la documentación presentada en el trámite concedido al efecto.

Añade que el informe técnico municipal que acredita la viabilidad de la oferta no está suficientemente motivado y que vulnera el artículo 32 del TRLCSP al valorar la experiencia de VIAQUA como actual adjudicatario del servicio.

Séptimo.- El órgano de contratación en primer lugar argumenta que nos encontramos ante un contrato en el que el adjudicatario asume el riesgo operacional y no existe derecho al mantenimiento del equilibrio económico del contrato y señala la doctrina existente de los Tribunales de recursos especiales al respecto de que un licitador puede renunciar a la obtención de beneficios en su oferta, sin que eso determine la temeridad de la misma.

Además, rebate las argumentaciones del recurso, en base a las consideraciones que se irán analizando en esta Resolución.

Octavo.- Para fijar con claridad los términos del debate haremos una inicial referencia a los principales aspectos procedimentales a tener en cuenta en este recurso.

Así, cada uno de los licitadores presentó en el sobre C correspondiente a la oferta evaluable con criterios automáticos un estudio económico financiero, que en el caso de VIAQUA tiene una extensión de 139 páginas. Esos estudios fueron objeto de informe por el equipo técnico del órgano de contratación, el cual estimó respecto al presentado por VIAQUA que cumplía con lo exigido en el PCAP, sin ninguna salvedad

al respecto, y que era congruente con el conjunto de la oferta presentada en lo referente al personal y medios ofertados. Además, entiende que los cálculos presentados por la adjudicataria están justificados y concluye que el conjunto de los estudios económico financieros presentados son *“aceptables para la justificación de las respectivas ofertas”*.

A continuación, tras calcular el umbral de temeridad según lo previsto en el PCAP y apreciar la consideración de las ofertas presentadas por VIAQUA y otro licitador incursas en presunción de anormalidad, se presentó por la adjudicataria, en el trámite establecido al efecto, una justificación de su oferta con una extensión de 239 páginas. Esta justificación fue objeto de valoración favorable mediante informe técnico del órgano de contratación de una extensión de 30 páginas. Finalmente, se propone a VIAQUA como adjudicataria de la licitación.

A continuación, lo primero que procede analizar es el argumento de la recurrente respecto del posible incumplimiento por la oferta de la adjudicataria del plazo máximo fijado en los pliegos para la recuperación de la inversión.

La cláusula 14.4 en la que se fundamenta la alegación del recurrente establece lo siguiente:

“14. Revisión de precios.

4. La revisión de precios no podrá tener lugar transcurrido el período de recuperación de la inversión previsto en el contrato.

Para las condiciones iniciales consideradas en el anteproyecto de explotación, resulta $n = 11$ años. Dicho período (n) de recuperación está calculado para el supuesto de canon mínimo e inversiones en obras mínimas (presupuesto de ejecución material que es el considerado a estos efectos en el anteproyecto): 12,24 millones de euros.

Dado que los licitadores pueden mejorar dichas cuantías, el período de revisión de precios a aplicar al contrato será el resultado de aplicar para el cálculo del VAN, la proyección económica que aparece en el Anteproyecto (Apéndice 2, memoria de revisión de precios), reflejando la cuantía de inversiones que cada licitador oferte. Para los efectos de facilitar la aplicación futura del régimen de revisión de precios, se considera siempre un número entero de años.

En todo caso, este período nunca podrá superar los 14 años, período que permite configurar un proyecto de inversión, inicial, eficiente y de idónea gestión empresarial.”

Con base en esta cláusula, argumenta el recurso que la adjudicataria en su oferta indica un flujo neto de caja acumulado que no es positivo hasta el decimosexto año, por lo que su período de recuperación de la inversión es dos años superior al permitido.

El órgano de contratación se opone a ese razonamiento, 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, es preciso señalar que la cláusula 19 del PCAP, en el apartado referente a los criterios evaluables automáticamente mediante fórmulas, señala expresamente:

“Deberá remitirse, con el fin de comprobar la viabilidad de la concesión y los términos en los que la misma se ata, un estudio Económico - financiero de la concesión, que se elaborará conteniendo las diferentes previsiones:

...

6. - La estructura de costes de cada uno de los estudios económico financieros será la siguiente:

Costos	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

() Los Gastos Generales y el Beneficio Industrial vendrán cuantificados y expresados en porcentaje sobre la base de todos los conceptos de gastos relacionados*

*(**)Se presentará de forma detallado el tipo de interés anual aplicable a la operación, siendo el período de amortización de 20 años.”*

A la vista de lo anterior, no se puede aceptar la argumentación del recurrente y debe desestimarse este motivo del recurso. El contenido del PCAP es claro en este aspecto, diferenciando el período de amortización de la inversión del cálculo necesario para la revisión de precios en el contrato, fijado en una cláusula independiente con una regulación clara y precisa para su determinación.

El hecho de que el estudio económico financiero de la adjudicataria recoja un flujo de caja positivo a partir del decimosexto año en nada contradice lo previsto en el PCAP.

La referencia resaltada en el recurso hacia el último párrafo de la cláusula 14, que expresa que *“este período nunca podrá superar los 14 años”*, se refiere sin ninguna duda al período de revisión de precios, y no al de recuperación de la inversión como pretende el recurrente.

Además, podemos resaltar que el órgano de contratación en su informe señala que *“todos los licitadores tendrían esa posible incoherencia, incluido el propio recurrente”*, lo cual denota la inviabilidad del camino interpretativo de GESTAGUA.

Noveno.- El siguiente fundamento del recurso se refiere a la consideración por el Ayuntamiento como viable de la oferta de VIAQUA, incurso inicialmente en presunción de temeridad.

El órgano de contratación, además de oponerse a los diversos argumentos del recurrente, según indicaremos a continuación, hace referencia a que nos encontramos ante un contrato en el que el adjudicatario asume el riesgo operacional.

El PCAP en su cláusula 23 sobre ofertas anormales o desproporcionadas y una vez determinada la fórmula para su cálculo, establece en sus apartados 3, 4 y 5:

“3. En todo caso, y al amparo del art. 152.2 del TRLCSP, se hace constar que la relación de mejoras en obras, que figuran incluidas en el anexo 2 del anteproyecto

de explotación, comprende la práctica totalidad del conjunto de las inversiones necesarias para finalizar las infraestructuras del ciclo integral del agua, en todo el término municipal. El presupuesto global de la totalidad de estas obras es de tal envergadura económica que no son previsiblemente asequibles en ningún caso, ya que cuaduplican el valor utilizado en el estudio de viabilidad incluido en el Anteproyecto de explotación, del que resultaría un proyecto de inversión que cabría reputar de palmariamente inviable.

En este sentido, y dada su evidencia, una hipotética oferta de la totalidad de estas obras sería considerada incurso en presunción de desproporcionalidad, debiendo las que se presenten limitarse a aquellas que puedan justificar adecuadamente nos sus estudios de viabilidad, como de hecho así ha de suceder con el conjunto de la oferta

4. Las empresas que, según lo anterior, se encuentren inicialmente en presunción de desproporcionalidad, según el informe técnico de valoración, dispondrán de un plazo de cinco (5) días hábiles para la justificación de la viabilidad de su propuesta, justificación que habrá de referirse en los términos señalados por el art. 152.3 del TRLCSP y sobre la que, necesariamente, se pronunciarán de nuevo los informes técnicos del servicio correspondiente. En esta justificación, y por los motivos precisados en el mencionado art. 152.3 del TRLCSP, las empresas podrán explicar los precios o costes que ellas consideren y los porcentajes de gastos generales, etc. de los que partan. En todo caso, sus explicaciones habrán de estar suficientemente motivadas y justificadas o acreditadas para poder ser estimadas. En todo caso se calificará como desproporcionada aquella oferta en la que el precio y los costes anormalmente bajos propuestos resultan del incumplimiento del Derecho imperativo de la Unión Europea o del Derecho nacional compatible con este en materia social, laboral o medioambiental, o de disposiciones del Derecho laboral internacional. En particular, la justificación de los costes de personal que supongan el incumplimiento de Convenios Colectivos de aplicación preceptiva y obligatoria (incluida la omisión del deber de subrogación de sus condiciones), supondrá el rechazo de la oferta.

5. La Mesa de contratación, de acuerdo con el art. 22.1 f) del RD 817/2009, tramitará el procedimiento señalado y efectuará, si es el caso, propuesta de declaración como anormal o desproporcionada, correspondiendo su declaración como tal, y su exclusión de la licitación, al órgano de contratación, de conformidad con el art. 152 TRLCSP.

El órgano de contratación declarará que la oferta no podrá ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores desproporcionados o anormales, a la vista de las explicaciones del licitador y del informe técnico, cuando el coste de los avances y propuestas señaladas en la oferta, y a la vista de la globalidad de su contenido,

suponga la imposibilidad de obtener beneficio de ningún tipo, por mínimo que sea, con la ejecución del contrato. Para los efectos de sus valoraciones, el órgano de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada. No obstante, podrían admitirse una TIR nula, si bien en este caso la empresa habrá de justificar, con una motivación reforzada, que el riesgo implícito en tal previsión podría ser cubierto con resultados positivos y acreditados de la empresa en el resto de su actividad, como estrategia comercial para posicionarse en el mercado u otras razones fundadas. La falta de suficiente garantía al respeto partiendo de las condiciones de la empresa, considerando el plazo y peso del contrato, ocasionará la desestimación de la oferta.”

El artículo 152 del TRLCSP señala al respecto de las bajas anormales o desproporcionadas en sus apartados 3 y 4, el siguiente:

“3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la hubiera 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.

(...) 4. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimara que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que fueran clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior”.

Igualmente el artículo 69.3 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, señala 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”

En la Resolución TACGal 14/2018 dimos cuenta de la doctrina consolidada existente sobre las bajas anormales o desproporcionadas con referencias, entre otras, a que:

“ - El artículo 152 del TRLCSP habilita para que los pliegos puedan establecer límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. La superación de tales límites no permite excluir de manera automática la proposición, dado que es precisa la audiencia del licitador a fin de que este pueda justificar que, no obstante los valores de su proposición, sí puede cumplir el contrato. De esta manera, la superación de los límites fijados en el pliego se configura como presunción de temeridad que debe destruirse por el licitador, correspondiéndole solo a él la justificación de su proposición (Resolución 142/2013, del 10 de abril, con cita de la 121/2013, del 23 de mayo, ambas del TACRC).

- La apreciación de que la oferta tiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí mismo, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de eso. De acuerdo con eso, la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, sin que sea posible su aplicación automática (Resolución 240/2012 del TACRC).

- La decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación, que debe sopesar las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos. Evidentemente ni las alegaciones mencionadas ni los informes tienen carácter vinculante para el órgano de contratación, que debe valorar adecuadamente ambos y adoptar su decisión con base en ellos (Resoluciones 24/2011, del 9 de febrero, 72/2012, del 21 de marzo, o 121/2012, del 23 de mayo).

- En la Resolución 142/2013 del TACRC se indica que aun admitiendo que la forma normal de actuar en el mundo empresarial no es hacerlo presumiendo que se sufrirán pérdidas como consecuencia de una determinada operación, situación esta que solo se produciría si aceptamos los cálculos de costes de la recurrente, es claro también que entre las motivaciones del empresario para emprender un determinado negocio no solo se contemplan las específicas de ese negocio concreto, sino que es razonable admitir que para establecer el resultado de cada contrato, se haga una

evaluación conjunta con los restantes negocios celebrados por la empresa y que, analizado desde esta perspectiva, pueda apreciarse que produce un resultado favorable (Resoluciones 24/2011, ya citada, y 303/2011, del 7 de diciembre de 2011, del TACRC).

- La Ley establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. No se trata de que el licitador justifique exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que puede llevar a cabo (Resoluciones 82/2015, del 23 de enero, 269/2015, del 23 de marzo, y 465/2015, del 22 de mayo, del TACRC). No resulta necesario que por parte del licitador se proceda a la desagregación de la oferta económica, ni a una acreditación exhaustiva de los distintos componentes de ella, sino que basta con que ofrezca al órgano de contratación argumentos que permitan explicar la viabilidad y seriedad de la oferta (Resolución nº 17/2016, del 15 de enero).

- Los argumentos o justificaciones aportado por el licitador deben ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta (Resoluciones 82/2015, del 23 de enero, y 1061/2015, del 20 de noviembre, del TACRC). Y del mismo modo, a menor porcentaje de baja, menor grado de exhaustividad en la justificación que se ofrezca (Resoluciones 559/2014 y 662/2014)."

Finalizábamos esa selección "con la referencia recogida en la resolución 3/2018 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi que menciona que: "el poder adjudicador goza de un amplio margen en el procedimiento de apreciación de la temeridad..."

También en nuestra Resolución TACGal 45/2018 indicábamos respecto a la exclusión de un licitador:

"A mayores, no por conocido no debe ser traído que la exclusión es un resultado especialmente gravoso, por lo que la proporcionalidad no es un principio menor al respecto."

Y siguiendo esa línea argumental, nuestra Resolución 53/2018 explica:

"Por otro lado, aquí estamos en presencia de la impugnación de una decisión de, precisamente, no excluir a un licitador, esto es, de una decisión que va en la dirección hacia concurrencia, a efectos de que pueda ser adjudicatario quien presenta la mejor opción para los intereses públicos. Evidentemente, esto solo se puede hacer con quien cumpla con las condiciones de la licitación y presente una oferta económicamente viable, pero la motivación ha de ser reforzada en aquellos casos donde la decisión da un resultado restrictivo de esa concurrencia, como

sucede cuando la conclusión es la exclusión o no admisión (por todas también, Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC, 332/2017).

...

En definitiva, como es doctrina consolidada, no se trata que el licitador justifique exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. Como tampoco es necesario que proceda a la desagregación de la oferta económica ni a una acreditación exhaustiva de los distintos componentes de ella, sino que basta con que ofrezca al órgano de contratación argumentos que permitan explicar la viabilidad y seriedad de la oferta (por todas, Resolución TACRC 82/2015), lo cual apareció en el presente caso”

Tomando como referencia esta consolidada doctrina, analizaremos a continuación los diversos argumentos recogidos en el recurso por los que se aprecia como inviable a oferta de la adjudicataria.

-Gastos de electricidad.

El recurrente entiende 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 cuanto al primer aspecto señalado, la instalación de la minicentral, señala que la adjudicataria prevé ahorros por esta infraestructura desde el primer año de contrato, *“cuando resulta altamente improbable, por no decir imposible, que las inversiones y el ahorro provocado se disfruten antes del cuarto año de contrato”*, dada la normativa aplicable a este tipo de instalaciones. Y, por lo que se refiere al bombeo, señala que VIAQUA se aleja de los porcentajes de años anteriores, hipótesis que califica como “temeraria”

El órgano de contratación en su informe rechaza esas consideraciones. Indica que lo alegado por el recurrente son meras suposiciones sobre los plazos de la tramitación que en absoluto se tienen que ajustar a la realidad. Defiende que VIAQUA presentó un conjunto de *“medidas y mejoras técnicas encaminadas a reducir el consumo de energía”*. Señala que *“fue de las*

licitadoras la que mejor desglose realizó de los distintos costes y que”justifica sus cálculos y sus previsiones”. Respecto a los porcentajes aplicados, indica que VIAQUA “manifiesta el porqué se podrá utilizar más el agua embalsada de Pontillón y lo explica claramente”.

Y concluye el órgano manifestando en ese aspecto que *“desde el punto de vista técnico quedan suficientemente justificadas las previsiones realizadas”.*

-Gastos financieros e impuesto de sociedades

El recurrente señala que la adjudicataria no incorporó el impuesto de sociedad en la cuenta de resultados ni en el flujo de caja presentados. Y respecto a los gastos financieros tampoco fueron incluidos en el flujo de caja. Entiende que su inclusión determinaría la inviabilidad del proyecto, modificando a la baja su VAN y TIR. Acompaña cuadro demostrativo al respecto.

El órgano de contratación señala que el propio estudio del anteproyecto elaborado por el Ayuntamiento no contemplaba el impuesto de sociedades, al ser un impuesto sobre la actividad global de la empresa, y añade que los gastos financieros fueron adecuadamente detallados por la adjudicataria en su estudio económico.

-Gastos en obras

En este aspecto, el recurrente señala que la adjudicataria ofertó unas obras a realizar según lo previsto en el PCAP por importe de 58.028.179,44€ pero, sin embargo, les fijó un coste de ejecución material de 28.842.420.41€ en su estudio económico, por lo que o incumple el PCAP o presenta una oferta inviable. En apoyo de su postura cita una respuesta del Ayuntamiento a una pregunta de un licitador.

El órgano de contratación señala que el *“concesionario deberá ejecutar las obras ofertadas en coherencia con el anteproyecto”* elaborado por el Ayuntamiento, pero que el coste para él de esas obras dependerá de distintos factores, bien si las hace por sus propios medios o las subcontrata. Así fue entendido por todos los licitadores, incluido el recurrente, que presentaron en

sus estudios económicos unos gastos previstos inferiores a los importes de los anteproyectos, especificando que la empresa recurrente en su oferta estima unas obras de mejora que *“suponen, considerando presupuesto de ejecución por contrata 54.128.849,39€ y el coste imputado es de 36.235.015,00€”*.

Pues bien, respecto a estos tres aspectos alegados podemos concluir que este Tribunal no aprecia los vicios alegados por la recurrente que permitan estimar la inviabilidad de la propuesta.

Los cálculos de la adjudicataria sobre los gastos de electricidad son detallados y, según el órgano de contratación, *“suficientemente justificados”*, sin que las alegaciones de GESTAGUA permitan quebrar la discrecionalidad técnica del Ayuntamiento. Los plazos sobre la puesta en marcha de la instalación calculados en el recurso son simples estimaciones, basadas en caso alguno en supuestos erróneos como indica el órgano de contratación, y el consumo de electricidad a causa de los porcentajes de bombeo de agua es un cálculo que debe realizar cada licitador en su oferta, sin que se pueda rebatir con el mero argumento de que son diferentes a los actuales, cuando precisamente VIAQUA justifica esa modificación, según recoge el Ayuntamiento. Además, también es relevante que para el cálculo de los gastos eléctricos VIAQUA presenta un conjunto de medidas a realizar, no solo las indicadas en el recurso, sin que, por ejemplo, la propia instalación de planta de autoconsumo suponga el ahorro más relevante.

Respecto al impuesto de sociedades y los gastos financieros queda acreditado que la adjudicataria se ajustó en su documentación al modelo previsto por el órgano de contratación, por lo que no cabe apreciar vicio al respecto, y además recoge en su estudio y en la justificación presentada los costes financieros, de forma que el Ayuntamiento estimó suficiente.

Sobre las obras, no se puede acoger la tesis de la recurrente. Las ofertas presentadas deben ajustarse a los parámetros fijados por el Ayuntamiento y a los anteproyectos realizados. Los diversos importes de los avances evidentemente tendrán que valorarse en tener de igualdad, por lo que deberán ser homogéneos.

Pero eso no es obstáculo para que cada uno de los licitadores, como así hicieron todos ellos, estimen en sus estudios económicos que esas obras a realizar supondrán unos costes determinados, que estiman según sus propios cálculos, no mostrándose

ante este Tribunal el más mínimo indicio sobre error o incongruencia en esos gastos previstos por la oferta de la adjudicataria, que permita apreciar la inviabilidad de los mismos.

El PCAP no obliga a un determinado coste final de esas obras para el eventual contratista, algo que sería ilógico, sino que determina las obras a realizar y presenta a los licitadores los anteproyectos a los que se deberán ajustar, pero no determina el coste final de ejecución, que podrá ser superior o inferior al previsto.

Por todo el anterior procede la desestimación de los motivos del recurso indicados.

Décimo.- Para una mayor coherencia de esta Resolución, nos referimos en un apartado diferente a las alegaciones del recurso referentes a los gastos de personal.

La recurrente expresa que la oferta técnica de VIAQUA señalaba la adscripción al contrato de 63,24 trabajadores a jornada completa, cifra superior a los 54,28 recogidos en el PCAP como susceptibles de subrogación. Sin embargo, añade, el importe de la partida de personal en el estudio económico es la correspondiente a esos 54,28 trabajadores por lo que le debería sumar el importe de esa diferencia, importe que la recurrente estima en 153.505,23€ anuales, algo que la adjudicataria no hizo y que no se puso de manifiesto en el informe técnico, lo que cuestiona gravemente la viabilidad de la oferta, en su tesis.

El órgano de contratación en su informe al recurso señala 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 y como señala el recurrente, la oferta técnica de la adjudicataria establece un total de 63,24 trabajadores dedicados al contrato, indicando en su estudio económico una cuantía por gastos de personal que solo cubre al personal objeto de subrogación es decir, 54,28.

En primer lugar, es necesario señalar que, con carácter general, este Tribunal no estima correcto distribuir los costes de personal entre diversas partidas económicas. Los gastos de personal es un apartado concreto y diferenciado, por lo que es este el

apartado natural para los costes de esa dimensión. En un supuesto como el presente, el hecho de que determinado personal adscrito a la ejecución del contrato tenga o no su origen en un deber de subrogación en nada afecta a su propia naturaleza. En la oferta de la adjudicataria tampoco se diferencia en apartados globales diferentes entre un y otro personal, por lo que imputar en el estudio económico una parte de esos gastos como costes indirectos no parece formalmente lo más adecuado.

Pero, una vez realizada esta precisión, debemos trasladar que eso no puede determinar la exclusión de la oferta de la adjudicataria por entender que la misma no es viable, que es lo que aquí nos ocupa. Como señalamos anteriormente, no resulta necesario que por parte del licitador se proceda a la desagregación de la oferta económica, ni a una acreditación exhaustiva de los distintos componentes de ella, sino que basta con que ofrezca al órgano de contratación argumentos que permitan explicar la viabilidad y seriedad de la oferta.

Como señala el Informe 3/2012 de la Junta 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”.

En este caso concreto, VIAQUA presenta una justificación de 103 páginas más diversos anexos, en las que desarrolla pormenorizadamente sus cálculos de gastos e ingresos. Hay que destacar además a estos efectos, que las empresas licitadoras ya presentaron con anterioridad un estudio económico detallado como parte de sus ofertas, por lo que lo único que procede, en este trámite, es argumentar la justificación de su oferta.

Así, comprobamos que VIAQUA en su estudio económico efectivamente hace referencia a esos gastos, tal y como señala el órgano de contratación en su informe, lo que inicialmente desvirtúa la presunción de incongruencia entre ambos documentos. Igualmente, el órgano de contratación señala 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 hecho, como ya indicamos, en el informe del estudio económico del sobre C de los distintos licitadores específicamente se analizaban los gastos de personal, estimándose los mismos correctos.

Además, el importe de esos gastos calculados en el texto del recurso asciende a la cantidad de 152.505,23€, cantidad que tal y como señala el órgano de contratación *"es asumible en su totalidad por esta partida"* (la de gastos generales), lo que sirve de argumento para entenderlos efectivamente incluidos.

Pero aun admitiendo, a efectos dialécticos, el argumento de la recurrente de que no estuvieran esos gastos previstos en el estudio económico de la adjudicataria, el hecho de que sean claramente inferiores a los gastos generales previstos, permite concluir que ese hecho no podría suponer estimar su oferta como inviable.

En conclusión, este Tribunal entiende que, siendo la decisión sobre si la oferta puede o no ser cumplida competencia del órgano de contratación en base a su discrecionalidad técnica y correspondiendo a este TACGal una función meramente revisora de esa decisión, no procede estimar este motivo de recurso.

Undécimo.- El siguiente argumento del recurso es la insuficiencia del informe del Ayuntamiento sobre la justificación de la temeridad, en relación con lo acentuado de la misma. Señala a este respecto el recurrente que, en base al contenido del PCAP, la justificación de la oferta de la adjudicataria debía ser especialmente fundada, y *"debió ser objeto de un análisis particularmente profundo que como hemos visto no se ha hecho por el órgano de contratación"*. Añadiendo a continuación que la oferta se aleja de una remuneración acorde a precios de mercado.

El órgano de contratación defiende su actuación, argumentando lo necesario respecto a la discrecionalidad técnica que ampara a los informes efectuados y cita diversas Resoluciones del TACRC.

En este apartado, debemos reiterar como ya indicamos en varias de nuestras resoluciones que la función de este Tribunal es de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales del procedimiento de licitación, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del órgano de contratación, siempre que exista la debida motivación y no nos encontremos ante situaciones de arbitrariedad.

Es cierto que no se puede obviar que la propia redacción de la cláusula 23.3 del PCAP señala que *“el presupuesto global de la totalidad de estas obras es de tal envergadura económica que no son previsiblemente asequibles en ningún caso, ya que cuaduplican el valor utilizado en el estudio de viabilidad incluido en el Anteproyecto de explotación, del que resultaría un proyecto de inversión que cabría reputar de palmariamente inviable”*. Y a este respecto, la adjudicataria ofertó unas obras por imponerte de 58.028.179,44€ sobre un total de 58.231.015€.

Ahora bien, como ya recogimos anteriormente en esta Resolución, ese es el valor ofertado según el presupuesto de los anteproyectos presentados por el Ayuntamiento, que no tiene que coincidir con el coste reflejado por las licitadoras en sus estudios económicos, que, como señaló el órgano de contratación, en todos los casos fueron inferiores a los presupuestos previstos. Y precisamente es ese gasto que para la licitadora tienen las obras a realizar lo que debe ser objeto de justificación junto con el resto de elementos económicos que configuran su oferta, para que el órgano de contratación pueda valorar su viabilidad.

Hay que tener en cuenta las especiales características de esta licitación, en la que ya se presentó por los licitadores un exhaustivo estudio económico, que como indicamos anteriormente en el caso de la adjudicataria ascendió a 150 páginas, que fue objeto de valoración por el órgano de contratación, no pudiendo el trámite de audiencia previsto en el artículo 152.3 del TRLCSP suponer una nueva evaluación pormenorizada del ya examinado, ni pretenderse que el informe técnico sobre la viabilidad reitere cada uno de los argumentos ya expuestos con anterioridad.

Ese informe municipal sobre la viabilidad de la oferta, tras la extensa justificación presentada por la licitadora, recoge, entre otros, argumentos como los siguientes:

- 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”*.

- En el apartado de ingresos y mediante un *“análisis pormenorizado”*, plantea *“unas hipótesis de usuarios y de consumos de agua sustentados en datos justificados”*.

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

Por lo que cabe apreciar que el órgano de contratación llegó a la razonada conclusión de la viabilidad de la oferta presentada, lo que aleja la presunción de arbitrariedad.

Y no se puede ignorar la relevancia que merece el apartado 5 de dicha cláusula 23 ya citada, que establece que *“el órgano de contratación declarará que la oferta no podrá ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores desproporcionados o anormales, a la vista de las explicaciones del licitador y del informe técnico, cuando el coste de los avances y propuestas señaladas en la oferta, y a la vista de la globalidad de su contenido, suponga la imposibilidad de obtener beneficio de ningún tipo, por mínimo que sea, con la ejecución del contrato”*. Añadiendo que incluso *“podrían admitirse una TIR nula, si bien en este caso la empresa habrá de justificar, con una motivación reforzada, que el riesgo implícito en tal previsión podría ser cubierto con resultados positivos y acreditados de la empresa en el resto de su actividad, como estrategia comercial para posicionarse en el mercado u otras razones fundadas”*.

En este punto, resulta de especial importancia significar que la oferta de la adjudicataria contempla un beneficio en la ejecución contractual y, además, en la justificación presentada aporta la comparativa de su esperada rentabilidad con respecto a las ofertas de varios licitadores y a las condiciones de mercado.

Al respecto de esa escasa rentabilidad alegada en el recurso, ya señalamos en nuestra Resolución 53/2018 de este TACGal el siguiente:

“En todo caso, sobre la renuncia al beneficio económico, significar que en la Resolución TACGal 25/2018 expresábamos:

“Esta doctrina consolidada del TACRC es congruente con la general fijada por los diversos Tribunales administrativos respecto a la valoración de las ofertas, admitiendo, por ejemplo, la viabilidad de ofertas con un precio de cero euros en alguna prestación”

Por todas, en la Resolución TACRC 379/2014 ya se recogía:

“...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.”

Lo anterior no es óbice para significar que, en lo referente a las bajas anormales, la renuncia al beneficio es un dato al que atender para el análisis de si estamos o no ante una oferta viable, y, en este sentido, en la justificación de las mismas por el licitador este debería hacer alguna referencia de en qué contexto se produce tal renuncia a efectos de poder apreciar su razonabilidad en cuanto a esta dimensión de que la proposición presentada se va a poder llevar a efecto.”

A este respecto, unido a que la oferta contempla un beneficio económico, la adjudicataria argumenta su interés en la prestación del servicio como “*escaparate y modelo de gestión para el resto de poblaciones de Galicia*”, añadiendo que si bien la rentabilidad propuesta cubre “*mínimamente lo requerido para el uso eficiente de capitales propios y ajenos, a esto hay que añadir otra rentabilidad, no solo económica, sino también la comercial*”.

Duodécimo.- El último argumento del recurso se fundamenta en la vulneración del principio de igualdad al incumplirse el artículo 32 d) del TRLCSP que señala como nulos aquellos actos que otorguen de forma directa o indirecta ventajas a las empresas que hubieran contratado previamente con cualquier Administración. Entiende el recurrente que, al valorar el informe técnico sobre la viabilidad de la oferta de VIAQUA la experiencia previa en la prestación del servicio como condición favorable, se está vulnerando el citado precepto.

A este respecto, ya señalamos en anteriores resoluciones que el licitador incurso en presunción de temeridad puede aportar aquellos argumentos que considere oportunos en defensa de la viabilidad de su oferta. En ese sentido, no es ilógico que el conocimiento que como empresa pueda tener de las prestaciones a llevar a cabo en el contrato pueda ser puesto de manifiesto ante el órgano de contratación a estos efectos. Así es admitido por los Tribunales de recursos contractuales en sus resoluciones (por todas, Resolución del TACRC 623/2017 y del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid 81/2018).

Reiteramos que el licitador debe aportar argumentos al órgano de contratación que permitan apreciar la viabilidad de su propuesta y, en ese contexto, las circunstancias de la propia empresa pueden ser objeto de valoración.

Como señala el TACRC en la Resolución 623/2017 citada por el 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, teniendo en cuenta que la exclusión de una oferta por su inviabilidad es una excepción al principio general de adjudicación a la oferta más ventajosa y, entendiendo el órgano de contratación de acuerdo a su criterio técnico que la propuesta de VIAQUA es económicamente viable, no aprecia este Tribunal motivos suficientes para estimar incorrecta o arbitraria esa decisión.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Deesestimar** el recurso interpuesto por GESTAGUA PROYECTOS S.L. contra el acuerdo de adjudicación de la contratación de la concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y saneamiento del Ayuntamiento de Pontevedra.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de

conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.