Recurso 470/2021
Resolución 6/2022

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 14 de enero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SACYR AGUA, S.L.U.** contra el acuerdo, de 21 de septiembre de 2021, de la mesa de contratación por el que se excluye su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Concesión de servicios de abastecimiento de agua potable, servicio de gestión de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales del municipio de Garrucha» (Expte. 2021/049530/006-103/00001), promovido por el Ayuntamiento de Garrucha (Almería), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 19 de marzo de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público anuncio de licitación, por procedimiento negociado sin publicidad, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día, los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 34.738.503,38 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Mediante acuerdo, de 21 de septiembre de 2021, de la mesa de contratación se procede a la exclusión de la oferta de la entidad SACYR AGUA, S.L.U. (en adelante la recurrente) del procedimiento de adjudicación del contrato referenciado.

SEGUNDO. El 14 de octubre de 2021 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto contra el citado acuerdo de 21 de septiembre de 2021 de la mesa de contratación por la entidad recurrente.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Por resolución de 28 de octubre de 2021 de este Tribunal, se adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la recurrente.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por las entidades AGUAS DE VALENCIA, S.A. y (en adelante AVSA) FCC AQUALIA, S.A. (en adelante FACCA).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, toda vez que el Ayuntamiento de Camas no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de una oferta en una concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a tres millones de euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.c) y 2.b) de la LCSP.

En este sentido, aun cuando en el acuerdo de 21 de septiembre de 2021, de la mesa de contratación literalmente *«se propone»* la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente, dicha propuesta por el principio *pro actione* ha de ser entendida como una error pues como después se recoge en el acta de la mesa de 6 de octubre de 2021, la verdadera intención del citado acuerdo de 21 de septiembre de 2021 es la de excluir dicha oferta, dado que en la misma se indica en lo que aquí interesa que *«(...) tal y como se sustanció en Acta de la Mesa de Contratación celebrada en fecha de 21/09/2021 que literalmente disponía:*
"PRIMERO.- Proceder a la EXCLUSIÓN y NO ADMISIÓN de las ofertas económicas presentadas por los motivos expuestos en el presente acta de sesión de los siguientes licitadores a la vista de las conclusiones ya citadas:
(…)
EXCLUSIÓN e INADMISIÓN de las OFERTAS FORMULADAS por el resto de licitadores ratificando lo expuesto y propuesto en acta de 21 de septiembre de 2021:
(...)».

Así las cosas, no es posible atender a lo alegado por una de las entidades interesadas (AVSA) sobre que el acto contra el que se recurre no es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el acuerdo de exclusión fue adoptado el 21 de septiembre de 2021 y publicado en el perfil de contratante el 22 de septiembre de 2021, por lo que aun computando desde la fecha de dicha publicación, el recurso presentado el 14 de octubre de 2021 en el registro de este Órgano, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra el acuerdo de 21 de septiembre de 2021 de la mesa de contratación, en el que se contiene la exclusión de su oferta, solicitando a este Tribunal que con estimación del mismo *«se declare la actuación de la mesa de contratación del Ayuntamiento de Garrucha nula. Se ordene retrotraer las actuaciones del proceso de licitación al momento en el que se excluyó (…) [su oferta], incluyendo de nuevo a la misma en el procedimiento de licitación, procediendo a la continuidad del mismo mediante la ejecución de las rondas negociadoras»*.

Fundamenta su recurso en los siguientes alegatos:

1. Afirma que se han incumplido las fases del procedimiento negociado, conforme a lo previsto en los pliegos y en la LCSP. En este sentido, señala que tanto en la cláusula 18 del pliego de cláusulas administrativas particulares como en el artículo 169.5 de la LCSP se establece que en el procedimiento negociado sin publicidad el órgano de contratación, a través de sus servicios técnicos designados, negociará con las personas licitadoras las ofertas económicas para mejorar su contenido y para adaptarlas a los requisitos indicados en el PCAP, con el fin de identificar la mejor oferta mediante la aplicación de los criterios de valoración establecidos en el artículo 15.

A su juicio, la negociación, según el PCAP, debería haberse producido una vez publicado en el perfil de contratante el resultado de la valoración del sobre 2 (sobre B, según las actas de sesión), el 30 de julio de 2021, siendo objeto de negociación exclusivamente la oferta económica, incluida inicialmente en el sobre 3 (sobre C, según las actas de sesión), con el objetivo de mejorar su contenido y adaptarla a los requisitos recogidos en el citado PCAP. Sin embargo, no se ha producido ninguna negociación, habiéndose limitado el órgano de contratación a excluir a tres de las cuatro propuestas presentadas, lo que les ha ha impedido adaptar el contenido de su oferta económica a los requisitos del PCAP. Este modo de proceder, a su entender, es también contrario al artículo 169 de la LCSP, que reproduce parcialmente. Así las cosas, cuando el órgano de contratación decida concluir las negociaciones, informará a todas las entidades licitadoras y establecerá un plazo común para la presentación de ofertas nuevas o revisadas, verificando a continuación la mesa de contratación que las ofertas definitivas se ajustan a los requisitos mínimos, y que cumplen todos los establecidos en el PCAP.

En definitiva, entiende la recurrente que el órgano de contratación no ha respetado las reglas establecidas en los pliegos ni en la ley para el procedimiento negociado.

2. Indica que no existe incongruencia en su oferta entre el estudio económico y la propuesta económica. En este sentido, tras una serie de consideraciones, señala que queda acreditado que realmente no se omiten los gastos financieros, sino que se justifica que los mismos no existen en el modelo previsto. Al respecto, indica que los fondos económicos para pagar el canon pueden integrarse en la sociedad o en la unión temporal de empresas, a

través de fondos propios, ya sea con capital o con préstamo participativo o con prima de emisión, directamente aportado por la persona accionista, como es la solución propuesta, sin que, en este caso, contablemente se genere ningún coste financiero. Así las cosas, señala que *«La doctrina generada por la Resolución 166/2019, es a su juicio, una valoración jurídica, no económica que debe superarse por los criterios contables y que se pone a título de ejemplo. Así, los costes de asumir una financiación externa (costes financieros) también se traduce en un menor pago del impuesto de sociedades, cuestión que tampoco está incluida en la valoración de la oferta. Por lo que este punto ha de ser examinado desde un criterio global técnico, no tan estricto y formal.»*. En definitiva, entiende la recurrente que en su oferta ha presentado un modelo en el que se justifica que la estructura de deuda considerada es de un 0%, porque no se va a recurrir a una financiación externa para la aportación del canon, sino que se va a aportar con recursos propios y sin costes financieros directos ni indirectos para su oferta.

Asimismo, respecto al motivo de exclusión de no haber considerado el 1,5% del IPC (índice de precios al consumo) en determinados gastos, señala que conforme a la cláusula 8 del PCAP, los únicos conceptos que en el estudio económico deben reflejar la evolución de su precio conforme al IPC anual durante toda la concesión son (i) la compra del agua y (ii) el coste de depuración, por lo que en su estudio económico se aplica un IPC del 1,5% únicamente a los citados conceptos. Otros costes, como personal, mantenimientos, energía, laboratorio, etc., se actualizan en función de otros aspectos aparte de dicho índice (por ejemplo, el coste de personal se ve reflejado por una revisión que puede venir recogida en la negociación de convenios colectivos), otros costes vienen revisados por el conocimiento y acuerdos internos que desde su empresa se disponen con diferentes proveedores y colaboradores, así como del ajuste de los mismos en función de la experiencia en la explotación del servicio y otros factores cómo son la optimización en la gestión del servicio, acuerdos y conocimiento que representan el "know how" de la empresa explotadora del servicio.

A su juicio, no es representativa la argumentación que se da en el acuerdo de exclusión, reflejando una misma cantidad durante diversos ejercicios; porque esa cantidad representa el "coste medio" de todos los ejercicios, en función de la estimación que se hace en su oferta de ese coste en el total de la concesión. Además, la previsión de la evolución de los costes es responsabilidad de la entidad licitadora, por lo que, siempre que se ajuste a lo previsto en el PCAP, como ocurre en este caso, tiene libertad para estimar la evolución de los costes de acuerdo con los valores de referencia que puedan justificar convenientemente. Asimismo, entiende que el IPC no debe ser un índice de referencia ante las medidas de desindexación de la economía española, que debe ser impulsada por los contratos públicos de acuerdo con la propia LCSP, que de conformidad con su exposición de motivos, que reproduce parcialmente, según afirma se materializa, entre otros, en el artículo 103 de la LCSP.

En cualquier caso, conforme a lo argumentado anteriormente, en un procedimiento abierto, si bien, estos parámetros podrían dar lugar a una potencial exclusión de las licitadoras que concurren en igualdad de condiciones y por tanto conforme a unos parámetros muy rígidos; en el procedimiento actual, el órgano de contratación podría haber sugerido, en una de las inexistentes rondas de negociación, que se incluyera en el modelo la actualización al IPC de otros costes y la valoración financiera (si resultaran de aplicación).

3. Señala la necesidad de que la licitación se rija por los principios básicos de toda licitación, de prosecución del interés público y libre concurrencia, de proporcionalidad y de interdicción de la arbitrariedad. En este sentido, tras identificar y exponer lo que a su juicio suponen los mismos, concluye pretendiendo la anulabilidad del acuerdo de exclusión que recurre.

SEXTO. Fondo del recurso. Alegaciones del órgano de contratación.

En cuanto al alegato de la recurrente relativo incumplimiento de las fases del procedimiento negociado, afirma el órgano de contratación en lo que aquí interesa que *«la Mesa entiende y así motiva, como no puede ser de otra forma, que el Estudio Económico debe ajustarse a las previsiones del Pliego, tanto el Estudio inicial como el que finalmente habría que presentarse actualizado, si se mejorase la oferta económica en el proceso de negociación. Y hemos de destacar que el Pliego exigía la "actualización" del Estudio Económico en base a la nueva oferta económica que se presentase durante el procedimiento de negociación, por lo que la omisión de costes relevantes en el Estudio no podía ser objeto de "actualización", no cabía presentar un "nuevo" Estudio revisando todos los costes, incluyendo costes nuevos no considerados en el Estudio inicial»*.

Respecto, al argumento de la recurrente de inexistencia de incongruencia en su oferta entre el estudio económico y la propuesta económica, el informe al recurso señala que *«El Estudio Económico como ha expuesto la Mesa debe ser el elemento que acredite la coherencia y consistencia de la oferta tanto sujeta a juicio de valor (técnica) como la oferta económica. No es una cuestión de conocimientos contables, sino de dar estricto cumplimiento al Pliego y obviar gastos puede vulnerar precisamente la "igualdad de trato".*
Como es obvio y elocuente (y se deduce el valor jurídico y de fuerza de Ley) el Pliego exigía un estudio económico riguroso y detallado, para la obtención "de forma clara de un estudio de los ingresos y costes del servicio". Y obviamente y así se motiva de forma expresa y rigurosa por la Mesa de contratación, (...). Y por supuesto, incumple el Pliego un estudio económico que no pueda considerarse riguroso y detallado, y sin duda estamos en este caso, y así se motiva plenamente. Iría contra el principio de igualdad de trato, como ya se ha expuesto, en el procedimiento de licitación permitir a unos licitadores omitir costes relevantes, en contra de lo que claramente impone el Pliego, en perjuicio de los que sí los hayan incluido.».

SÉPTIMO. Fondo del recurso. Alegaciones de la entidad interesada FCCA.

Sobre el incumplimiento de las fases del procedimiento negociado, indica la entidad interesada que viene a decir la recurrente que no se podía examinar el estudio económico hasta que no finalizase el procedimiento negociado, y ciertamente tal pretensión no tiene apoyo alguno en el pliego, ni por supuesto en la LCSP, pues nada dice ésta sobre este "Estudio Económico" que no se contempla como parte de la oferta económica en ninguno de sus artículos, siendo una peculiaridad de este tipo de contratos en nuestro sector. En cualquier caso, dado que la recurrente aceptó el pliego en su integridad al presentar su oferta en esta licitación, no cabe ahora remitirse a la regulación del procedimiento negociado en la LCSP (que obviamente es muy genérica, porque no puede ser de otra forma), sino al procedimiento establecido en el pliego, que establecía con claridad meridiana en su cláusula 8 que había que aportar el estudio económico en el sobre 3 en el momento de presentar la oferta, y por tanto, ya en ese momento dicho estudio debía cumplir los requisitos que se establecían en el pliego, es decir, debía ser realizado "*con el mayor rigor y minuciosidad posible para la obtención de forma clara de un estudio de los ingresos y costes del servicio*"; y posteriormente, una vez finalizada la fase de negociación, conforme a la cláusula 18.3, había que actualizar el estudio económico, como consecuencia de la mejora sobre el canon inicial propuesto que hubieran ofrecido durante la negociación. En este sentido señala que actualizar no es realizar un nuevo estudio, sino especificar la repercusión económica de la mejora en el canon ofertado, exclusivamente. A su juicio, carece de sentido alguno exigir el estudio económico en el sobre nº 3, y por tanto, con la oferta inicial, si no iba a ser objeto de revisión alguna, como tampoco cabe duda alguna que tanto el sobre 2 como el 3 iban a ser objeto de valoración antes de que se iniciase la fase de negociación, valoración que necesariamente debía incluir un análisis de su admisibilidad, se insiste, tanto del sobre 2 como del 3. Por lo tanto, esta alegación carece de fundamento.

En cuanto a la inexistencia de motivo de exclusión por omisión de gastos financieros, señala la entidad interesada que en el recurso que ella interpuso contra la adjudicación del contrato del que trae causa la presente licitación, y que dio lugar a la resolución de este Tribunal 166/2020, de 1 de junio de 2020, se destacó precisamente como una más de las irregularidades de la oferta de la entonces adjudicataria el hecho de no incluir coste financiero alguno (ni siquiera un coste de oportunidad) por el 35% del canon concesional anticipado que ofertaba, y en dicha resolución también se incluyó esta irregularidad como un motivo más de exclusión de su oferta. A su entender, en este caso es todavía peor, porque no recoge coste financiero alguno para la totalidad del canon concesional anticipado que ofrece, y como decíamos en el recurso citado, no solo genera costes financieros la financiación del canon concesional mediante financiación externa (un "préstamo" o cualquier otro producto financiero), sino también el disponer del importe del canon concesional anticipado de la "tesorería" de la empresa, pues evidentemente como mínimo tendría un coste de oportunidad (pues si realmente fuera dinero de la tesorería de la empresa, ese importe se podría invertir en productos financieros, o utilizar para amortizar deudas con las entidades financieras, lo que le supondría o ingresos por intereses, o menor coste a pagar por intereses, a lo que renunciarían para entregárselo al Ayuntamiento sin ningún coste financiero). Por lo tanto, la circunstancia es la misma (y más grave todavía) que la que fue estimada en la citada resolución 166/2020, por lo que en aplicación de dicha doctrina, no procedería estimar esta alegación.

Respecto al alegato de la recurrente de inexistencia de motivo de exclusión por no aplicar en el estudio el IPC a todos los gastos, indica que tras un párrafo genérico en el que se decía que se debía entregar una *«memoria explicativa del estudio económico propuesto por los licitadores para toda la duración del contrato (25 años)»*, el PCAP añadía la siguiente frase: *«Se realizará con un IPC del 1.5% y crecimiento propuesto por cada licitador»* (antepenúltimo párrafo de la cláusula 8). Pues bien, la recurrente alega que cuando dicho pliego dice *«se realizará»*, después de mencionar en el párrafo anterior que hay que entregar una memoria explicativa del estudio económico, en realidad no se refería al estudio económico, sino al coste de la compra de agua y de la depuración, los únicos costes en los que figura su precio concreto en esta cláusula 8, con relación a los cuales se añadía que su precio (0,66 €/m3 en el primer caso y 0,25 €/m3 en el segundo) evolucionaría al IPC anual durante toda la concesión.

Acto seguido afirma la entidad interesada que tal interpretación de la recurrente no tiene base alguna, el PCAP claramente se refiere al estudio económico que se citaba en el párrafo anterior, ese *«se realizará»* no puede referirse a esos costes concretos. Ciertamente, en muchos casos lo que se solicita en el pliego es un estudio económico a euros constantes, pero es obvio que éste no es el caso, careciendo de sentido económico alguno pretender que el pliego quería que unos costes se determinaran aplicando el IPC y otros a euros constantes. Por supuesto, hay "costes" meramente contables, como las amortizaciones, que no evolucionan con el IPC, pero desde luego sí los que suponen movimiento de tesorería, que son la mayoría. Por lo tanto, manifiestamente el estudio económico de la recurrente incumple el PCAP.

Por último, sobre el interés público, la libre concurrencia, el principio de proporcionalidad y la interdicción de la arbitrariedad, afirma en síntesis la entidad interesada que la mesa de contratación se ha limitado a aplicar las previsiones del pliego.

OCTAVO. Consideraciones del Tribunal.

1. Sobre el incumplimiento de las fases del procedimiento negociado.

Conforme al PCAP, el presente procedimiento de licitación es el negociado sin publicidad establecido en el artículo 170 de la LCSP, que se incardina en la Subsección cuarta, artículos 166 a 171, dentro de la Sección segunda del Capítulo primero del Título primero del Libro segundo de la LCSP.

En este sentido, y en lo que aquí interesa, el artículo 166 *«Caracterización y delimitación de la materia objeto de negociación» de la LCSP, en sus apartados 1 y 2 dispone lo siguiente: «1. En los procedimientos con negociación la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras negociar las condiciones del contrato con uno o varios candidatos.*
2. En el pliego de cláusulas administrativas particulares se determinarán los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas; la descripción de las necesidades de los órganos de contratación y de las características exigidas para los suministros, las obras o los servicios que hayan de contratarse; el procedimiento que se seguirá para negociar, que en todo momento garantizará la máxima transparencia de la negociación, la publicidad de la misma y la no discriminación entre los licitadores que participen; los elementos de la prestación objeto del contrato que constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todas las ofertas; los criterios de adjudicación.
(...)».

Asimismo, el artículo 170 «Especialidades en la tramitación del procedimiento negociado sin publicidad» de la LCSP, en su apartado 1, indica que *«Los órganos de contratación únicamente harán uso del procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación cuando se dé alguna de las situaciones que establece el artículo 168 y lo tramitarán con arreglo a las normas que establece el artículo 169, en todo lo que resulten de aplicación según el número de participantes que concurran en cada caso, a excepción de lo relativo a la publicidad previa.»*.

Por su parte, en lo que aquí concierne, el artículo 169 por remisión del artículo 170, ambos de la LCSP, señala en cuanto a la tramitación en sus apartados 4, 5, 6 y 8 lo siguiente:
«4. (...).
Los órganos de contratación informarán por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido excluidas, de todo cambio en las especificaciones técnicas u otra documentación de la contratación que no establezca los requisitos mínimos a que se refiere el artículo 166, y les darán plazo suficiente para que presenten una nueva oferta revisada.
5. Los órganos de contratación, en su caso, a través de los servicios técnicos de ellos dependientes, negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas ulteriores presentadas por éstos, excepto las ofertas definitivas a que se refiere el apartado octavo del presente artículo, que estos hayan presentado para mejorar su contenido y para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación, en su caso, y en los posibles documentos complementarios, con el fin de identificar la mejor oferta, de conformidad con lo previsto en el artículo 145.
No se negociarán los requisitos mínimos de la prestación objeto del contrato ni tampoco los criterios de adjudicación.
6. En el expediente deberá dejarse constancia de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas, de las razones para su aceptación o rechazo y de las ventajas obtenidas en la negociación.
8. Cuando el órgano de contratación decida concluir las negociaciones, informará a todos los licitadores y establecerá un plazo común para la presentación de ofertas nuevas o revisadas. A continuación, la mesa de contratación verificará que las ofertas definitivas se ajustan a los requisitos mínimos, y que cumplen todos los requisitos establecidos en el pliego; valorará las mismas con arreglo a los criterios de adjudicación; elevará la correspondiente propuesta; y el órgano de contratación procederá a adjudicar el contrato.».

Por otra parte, se señala en la cláusula 18.2 del PCAP «Procedimiento de negociación» lo siguiente:

«El órgano de contratación, a través de sus servicios técnicos designados, y una vez publicado en el perfil del contratante el resultado de la valoración del sobre nº2, negociará con las personas licitadoras las ofertas económicas iniciales incluidas en el sobre nº 3 y todas las ofertas ulteriores que las mismas hayan presentado para mejorar su contenido y para adaptarlas a los requisitos indicados en el presente pliego, en su caso, y en los posibles documentos complementarios, con el fin de identificar la mejor oferta, mediante la aplicación de los criterios de valoración establecidos en el artículo 15 del Pliego.

Será objeto de negociación exclusivamente la oferta económica. No se negociarán los requisitos mínimos de la prestación objeto del contrato ni tampoco los criterios de adjudicación.

A la negociación pasarán todas las empresas cuyo sobre número 2 haya sido abierto y valorado por la Mesa de Contratación, y ésta será realizada por los servicios técnicos negociadores que hayan sido designados por el órgano de contratación.

La negociación constará de un máximo de dos rondas y se realizará de la siguiente forma:

Una vez evaluadas las ofertas económicas por los técnicos municipales, se establecerá el orden en el que han quedado, teniendo en cuenta también el resultado de la valoración del sobre nº 2, y se informará a los licitadores para que ratifiquen o mejoren su oferta económica, estableciéndose un nuevo orden y así hasta que finalicen las rondas negociadoras.

Una vez hayan finalizado las rondas negociadoras, los licitadores que hayan mejorado su propuesta inicial presentarán debidamente actualizada la propuesta definitiva, actualizando el Estudio Económico, en el plazo de cinco días desde que se informe en el perfil del contratante del final del proceso de negociación.

En el procedimiento se tiene que facilitar la misma información a todos los invitados. En ningún caso se proporcionará información particular que pueda suponer una ventaja para algún invitado en detrimento de los otros. Con el fin de garantizar el principio de igualdad, el órgano de contratación debe habilitar el sistema que crea más adecuado para dar publicidad de todas las consultas que se formulen a lo largo del procedimiento, y de las correspondientes respuestas, a todos los interesados.

Las proposiciones presentadas tienen carácter firme y deben mantenerse, en todo caso, hasta el plazo máximo de resolución del procedimiento.

En cualquier momento del procedimiento, el órgano de contratación puede requerir a los invitados que aclaren determinados aspectos de su oferta, sin que puedan modificar en sus aclaraciones los elementos sustanciales de la misma, y siempre que no se falsee la competencia.

De todas las actuaciones que se lleven a cabo durante la negociación hay que dejar constancia en el expediente.».

Por último, en la cláusula 8 del PCAP, en cuanto al análisis de la controversia, se indica lo siguiente:

«B) SOBRE Nº 3- DOCUMENTACIÓN CUYA BAREMACIÓN NO DEPENDE DE UN JUICIO DE VALOR, "PROPUESTA ECONÓMICA"
En este sobre se incluirá:

A) el siguiente modelo de proposición:
Oferta económica ajustada al siguiente modelo: (…)

B. Estudio económico
Este estudio deberá ser realizado por los licitadores con el mayor rigor y minuciosidad posible para la obtención de forma clara de un estudio de los ingresos y costes del servicio. Deberá tenerse especial atención a las siguientes premisas:
- Se reflejarán los ingresos obtenidos con la aplicación de las tarifas vigentes.
- Se deberá reflejar todos los costes del servicio por cada uno de los servicios.
- Las inversiones realizadas: canon inicial anticipado, ITP, medios, etc,…
El estudio económico se realizará desglosando, lo más detalladamente posible, las diferentes partidas que integran la oferta a incluir en el sobre C, mostrando con transparencia del (sic) procedimiento seguido para la determinación de los ingresos y costes del servicio por cada uno de los servicios.
No se admitirán ofertas en las que no se justifique el beneficio razonable del contratista, o en las que manifiestamente se observe un desequilibrio económico a lo largo del contrato que no justifique la viabilidad del mismo.
(...)
Los licitadores habrán de considerar los datos iniciales aportados por el Ayuntamiento en el denominado año cero del servicio y determinarán los gastos de partida para su primer año (año 1) del servicio, al que se referirán los gastos presentados en el estudio económico entregado al Ayuntamiento.
Se considerarán como fuentes de suministro de agua en alta las actuales, a un precio de agua en alta de 0,66 €/m3 comprado para el año 1, evolucionando al IPC anual durante toda la concesión.
Respecto a la depuración se considerará para todo el estudio que se realiza con los medios actuales, con un coste para el año 1 de 0,25€/m3 depurado, evolucionado su coste al IPC anual durante toda la concesión.
Se deberá entregar memoria explicativa del estudio económico propuesto por los licitadores para toda la duración del contrato (25 años).
Se realizará con un IPC del 1,5% y crecimiento propuesto por cada licitador.
(...)».

Pues bien, de lo expuesto, conforme al procedimiento de licitación y teniendo en cuenta lo alegado por las partes, se han de realizar las siguientes consideraciones:

1. En síntesis, el procedimiento de negociación descrito en la cláusula 18 del PCAP se ajusta a las previsiones contenidas en los artículos 166 a 171 de la LCSP.

En este sentido, y como se ha expuesto, en el apartado 2 de la cláusula 18 del PCAP se señala que la negociación constará de un máximo de dos rondas y se realizará de la siguiente forma: una vez evaluadas las ofertas económicas por los técnicos municipales, se establecerá el orden en el que han quedado, teniendo en cuenta también el resultado de la valoración del sobre 2, y se informará a las entidades licitadoras para que ratifiquen o mejoren su oferta económica, estableciéndose un nuevo orden y así hasta que finalicen las rondas negociadoras. Ello supone, sin lugar a dudas, que con carácter previo a cualquier negociación por el personal al servicio del órgano de contratación han de ser evaluadas las ofertas económicas, esto es si las mismas cumplen los requisitos

previstos en los pliegos para poder ser valoradas, careciendo de sentido una previa evaluación de aquellas en las que no se apreciase el cumplimiento de las exigencias de los pliegos.

2. En la oferta económica, contenida en el sobre 3 y descrita en el apartado B) de la cláusula 8 del PCAP, es esencial el estudio económico y consustancial a la propia oferta, de tal suerte que no se entiende aquella sin éste. En este sentido, no sería admisible una proposición económica que no cumpliese todos y cada uno de los requisitos previstos para el mencionado estudio económico. Así las cosas, al igual que para que sea valorado un determinado criterio de adjudicación, la oferta debe reunir los requisitos exigidos para ello, en el presente caso, para poder admitir la oferta económica es preciso aportar en los términos previstos en el citado pliego dicho estudio económico.

En definitiva, en el caso que nos ocupa, no sería posible admitir una oferta económica en la que en su estudio económico no se justifique la viabilidad económica del contrato, circunstancia que se recoge de forma clara en el párrafo siguiente, contenido en la previsión del PCAP para el estudio económico: «*No se admitirán ofertas en las que no se justifique el beneficio razonable del contratista, o en las que manifiestamente se observe un desequilibrio económico a lo largo del contrato que no justifique la viabilidad del mismo.*».

3. La justificación de la viabilidad económica de la oferta presentada, que ha de acreditarse en el estudio económico, lo ha de ser de cada una de las proposiciones económicas que se oferten, de tal forma que la misma ha de ser viable, tanto en la oferta económica inicial, como en cada una de las rondas negociadoras.

Dicha conclusión se extrae tanto de la norma reproducida como del contenido del PCAP. En efecto, cuando el artículo 166.2 de la LCSP señala que en el PCAP se determinarán, entre otras cuestiones, los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas; la descripción de las características exigidas para los suministros, las obras o los servicios que hayan de contratarse; los elementos de la prestación objeto del contrato que constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todas las ofertas y los criterios de adjudicación. Matizando el último párrafo del apartado 5 del artículo 169 de la LCSP, así como la cláusula 18.2 del PCAP, que no se negociarán los requisitos mínimos de la prestación objeto del contrato, como es en este caso la viabilidad económica de la oferta formulada.

Al respecto, lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 169 de la LCSP, cuando indica que los órganos de contratación, en su caso, a través de los servicios técnicos de ellos dependientes, negociarán con las entidades licitadoras las ofertas iniciales y todas las ofertas ulteriores presentadas por éstas, excepto las ofertas definitivas, que estos hayan presentado para mejorar su contenido y para adaptarlas a los requisitos indicados en el PCAP y en el anuncio de licitación, en su caso, y en los posibles documentos complementarios, con el fin de identificar la mejor oferta, de conformidad con lo previsto en el artículo 145 de la LCSP, ha de ser entendido en el sentido de que la adaptación a los requisitos indicados en el PCAP y en el anuncio de licitación, lo ha de ser a los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación y a los criterios de adjudicación, y todo ello como afirma la norma reproducida, para identificar la mejor oferta conforme al citado artículo 145 de la LCSP (Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato). No en cuanto a los requisitos mínimos como pretende la recurrente, pues para poder ser valoradas las ofertas conforme a lo criterios de adjudicación y poder participar en la negociación es absolutamente necesario cumplir las exigencias mínimas de la licitación.

No parece razonable, valorar y negociar con ofertas que no cumplen los requisitos mínimos de la prestación objeto del contrato, pues entre otras cuestiones nunca habría certeza de que al finalizar las rondas de

negociación dichas ofertas cumpliesen, distorsionándose además la negociación dando lugar a ofertas poco claras.

En definitiva, de conformidad con lo expuesto, la mesa de contratación actuó de modo correcto al comprobar con carácter previo a la negociación si las ofertas eran viables económicamente.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el primer motivo del recurso.

2. Sobre la inexistencia de incongruencia en su oferta entre el estudio económico y la propuesta económica.

En este sentido, como se ha expuesto, tras una serie de consideraciones, señala la recurrente que queda acreditado que realmente no se omiten los gastos financieros, sino que se justifica que los mismos no existen en el modelo previsto. Al respecto, en esencia, indica que en su oferta se justifica que la estructura de deuda considerada es de cero euros, porque no se va a recurrir a una financiación externa para la aportación del canon, sino que se va a aportar con recursos propios y sin costes financieros directos ni indirectos.

Pues bien, sobre la posibilidad de la existencia en una oferta de determinadas partidas a costes cero o sin coste, este Tribunal se ha manifestado en varias ocasiones. En la más reciente, Resolución 428/2021, de 5 de noviembre, se indicaba lo siguiente:

> <<*«En este sentido, la recurrente indica como ya señaló en la documentación justificativa de su oferta, que las tres partidas incluidas en el autobaremo cuestionadas en el informe de viabilidad de su oferta «se refieren a elementos con los que la empresa cuenta en propiedad y amortizados, por lo que no procede hacer estimación de coste alguno».*
>
> Pues bien, dicho alegato no puede tampoco prosperar. En efecto, el hecho de que la persona recurrente disponga de determinados bienes en propiedad amortizados que reúnen los requisitos exigidos *(«sala de estudio con acceso TIC, zona de descanso con wifi y dispensador de bebidas y comidas, equipamiento informático, pizarra digital, plataforma de formación online de apoyo didáctico»)*, no significa que los mismos no tuvieran un coste para la ejecución del servicio, y por supuesto para dicha persona recurrente, siendo un gasto que ha de soportar la oferta al estar el ofrecimiento dentro de la proposición. En este sentido, no es posible considerar a coste cero o sin coste la aportación de dichos bienes en propiedad amortizados, pues los mismos suponen en todo caso un gasto para la contratista que tiene en todo caso que mantenerlos (mantenimiento preventivo, correctivo, adaptativo y evolutivo, en su caso), por lo que para ello tiene que dedicar personal propio de un servicio para adscribirlo total o parcialmente o otro diferente, o contratar personal ex profeso para ello, o desembolsar determinada cantidad originada a través de una relación mercantil, por lo que deben preverse o estimarse unos costes que han de imputarse al contrato, circunstancia que no concurre en la justificación de la oferta de la persona ahora recurrente en los términos expuestos, como ella misma reconoce, al señalar tanto en la documentación justificativa de su oferta como en el recurso que los citados bienes no suponen coste alguno dentro de la ejecución del contrato.
>
> En definitiva, no es posible admitir el argumento de que la aportación de esos bienes aun cuando sean en propiedad y amortizados, es a coste cero o sin coste, como si dicha aportación estuviera carente de costes de mantenimiento, entre otros, de tal suerte que dicha actividad bien se realice

con personal de plantilla o de nueva incorporación, ya sea de forma parcial o en exclusividad, toda actuación a realizar en la ejecución de un contrato tiene un coste, bien directo por la dedicación a esta actividad de determinado personal, bien indirecto por pérdida de oportunidad al dedicarse dicho personal a esta actividad en lugar de otra. De igual forma, de realizarse dicha actuación a través de una relación mercantil, la misma necesariamente supone un coste que es preciso prever o estimar.

En este mismo sentido se han manifestado, este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 159/2020, 160/2020, 161/2020, de 1 de junio y 320/2021, de 10 de septiembre, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, entre otras, en sus Resoluciones 25/2018, de 17 de enero y 403/2018, 19 de diciembre, así como el Tribunal Administrativo del Cabildo de Gran Canaria sobre Contratos Públicos en su Acuerdo 8/2018, de 15 de mayo.

Asimismo, en sentido similar, se pronuncia la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia 101/2017, de 8 de marzo de 2017, recurso 87/2016, interpuesto contra la Resolución 220/2015, de 23 de diciembre, del citado Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. En este sentido, dispone la sentencia en el párrafo segundo de su fundamento cuarto, lo siguiente: *«Pues bien, es lo cierto que aunque se aceptara que la razón de no incluir las actuaciones complementarias en el Estudio Económico fuera que eran ofertadas de forma gratuita, sin coste para la Administración, ello no significa que no tuvieran un coste para la recurrente y para el servicio, siendo un coste que ha de soportar la oferta al implicar mayores prestaciones de las definidas en el objeto del contrato.»>>.*

En el supuesto que se examina, no es posible admitir el argumento de que la aportación del canon aun cuando se realice con recursos propios, es a coste cero o sin coste, como si dicha aportación estuviera carente de costes, de tal suerte que dicha actuación bien se realice con recursos propios de la propia entidad o bien por aportación de las personas accionistas, ya sea de forma parcial o en exclusividad para esta oferta, toda actuación a realizar en la ejecución de un contrato tiene un coste, bien para la propia entidad que tiene que descapitalizarse, o por pérdida de oportunidad de dedicar esos recursos a otras actuaciones, o por el reparto de menos dividendos, bien a las personas accionistas que verían mermados sus beneficios, o tendrían que aportar capital o perder protagonismo en el accionariado ante una potencial ampliación de acciones. En todo caso, el pago del canon supone necesariamente un coste que es preciso prever o estimar.

Por último, es preciso indicar que este Tribunal, así como el resto de los órganos administrativos de revisión de decisiones en materia contractual, vienen aceptando que determinadas actuaciones a realizar en la ejecución del contrato pueden ser ofertadas a coste cero, sin gasto para la Administración, entre otras, aquellas que puedan implicar mayores prestaciones de las definidas en el objeto del contrato, las más accesorias dentro de las prestaciones exigidas, determinados costes y algún precio unitario, siempre y cuando su coste se contenga subsumido dentro de la oferta global o de los gastos generales o del beneficio industrial, circunstancias que no concurren en el supuesto examinado (v.g. Resoluciones, entre otras, 131/2017, de 27 de junio, de este Tribunal, 1187/2018, de 28 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 349/2018, de 8 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y 98/2015, de 15 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León).

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, no siendo alguno de los supuestos de las resoluciones analizadas en el párrafo anterior el que concurre en el caso examinado en la presente resolución, procede desestimar en los términos expuestos la primera parte del segundo de los motivos del recurso interpuesto.

Asimismo, respecto al motivo de exclusión de no haber considerado el 1,5% del IPC en determinados gastos, señala la recurrente que conforme a la cláusula 8 del PCAP, los únicos conceptos que en el estudio económico, deben reflejar la evolución de su precio conforme al IPC anual durante toda la concesión, es la compra del agua y el coste de depuración, por lo que en su estudio económico se aplica un IPC del 1,5% únicamente a los citados conceptos.

Pues bien, como se ha expuesto, dentro de las exigencias contenidas en la cláusula 8 del PCAP, respecto al estudio económico, se señala que para el primer año de ejecución del contrato el precio del agua en alta y en depuración es, respectivamente, de 0,66 y 0,25 €/m^3, *«evolucionando al IPC anual durante toda la concesión»*. Asimismo, sobre el IPC del 1,5%, se indica que se realizará para toda la duración del contrato así como para el crecimiento propuesto por cada entidad licitadora, de tal suerte que dicho IPC del 1,5% lo es para todos los componentes de la prestación y no solo para el agua en alta y depurada como pretende la recurrente.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos la segunda parte del segundo de los motivos del recurso interpuesto.

3. Sobre la necesidad de que la licitación se rija por los principios básicos de toda licitación, de prosecución del interés público y libre concurrencia, de proporcionalidad y de interdicción de la arbitrariedad.

Tras el análisis de los anteriores argumentos del recurso, no es posible admitir que en la licitación que se examina se hayan incumplido los principios alegados por la recurrente.

En consecuencia en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar el recurso interpuesto.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SACYR AGUA, S.L.U.** contra el acuerdo, de 21 de septiembre de 2021, de la mesa de contratación por el que se excluye su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Concesión de servicios de abastecimiento de agua potable, servicio de gestión de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales del municipio de Garrucha» (Expte. 2021/049530/006-103/00001), promovido por el Ayuntamiento de Garrucha (Almería).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 28 de octubre de 2021.

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

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

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