Recurso 471/2021
Resolución 7/2022

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 **AMEDIDA GESTIÓN DE SERVICIOS TECNOLÓGICOS DEL AGUA, S.L.** 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 AMEDIDA GESTIÓN DE SERVICIOS TECNOLÓGICOS DEL AGUA, S.L. (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 citada 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 Garrucha 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 *«Anule el citado Acuerdo, y revoque la decisión de exclusión de mi representada por las razones aducidas en el fundamento jurídico primero y, en particular, considere que no procede la causa de exclusión aducida por la Mesa de Contratación y, en consecuencia, Ordene a la Mesa y al Órgano de Contratación retrotraer las actuaciones del expediente de contratación 2021/0499530/006-103/00001 al momento inmediatamente anterior al inicio de la negociación de la oferta económica conforme a lo dispuesto en el artículo 18 del PCAP, permitiendo a AMEDIDA participar en la correspondiente fase de negociación.»*.

Fundamenta su recurso, por un lado, en que la inadmisión de su oferta económica y su consecuente exclusión del procedimiento se basa en una interpretación errónea del estudio económico-financiero y del concepto de gastos financieros, y por otro lado, que su exclusión es contraria a derecho al vulnerar el procedimiento de negociación fijado en el pliego.

Para centrar el objeto del debate y por razones metodológicas procede analizar los dos motivos del recurso en orden inverso a como aparecen en el escrito de recurso.

1. La exclusión de su oferta es contraria a Derecho al vulnerar el procedimiento de negociación fijado en el pliego.

Afirma que a pesar de la claridad y rotundidad con la que la cláusula 18 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) exige que «*a la negociación deberán pasar todas las empresas cuyo sobre número 2 haya sido abierto y valorado por la Mesa de Contratación»*, dicha mesa procede a realizar una valoración previa de los estudios económicos aportados por las entidades licitadoras cuyos sobres 2 han sido abiertos, valorados y admitidos -cuando no procede efectuar dicha valoración hasta una vez obtenidas las propuestas definitivas, según establece el pliego-, y a excluir a aquellos que considera que sus estudios carecen de suficiente rigor, desvirtuando en todo punto y apartándose de forma radical y manifiesta del procedimiento de negociación establecido, impidiendo la entrada en la negociación a todas las empresas licitadoras cuyas propuestas técnicas han sido admitidas y vaciando de contenido el procedimiento de negociación en tanto que excluye a tres de las cuatro empresas admitidas en ese momento a la licitación, continuando el procedimiento con solo una de ellas (es decir, impidiendo toda negociación).

A su juicio, el procedimiento de negociación no podía configurarse de otro modo que como *de facto* se recoge en la cláusula 18 del PCAP, permitiendo la negociación con todas las licitadoras cuyas ofertas técnicas han sido admitidas y trasladando a un momento posterior, una vez finalizadas las rondas de negociación, la verificación de la mesa de contratación de la concordancia de las ofertas económicas y los requisitos de los pliegos, puesto que,

precisamente, esa oferta económica y los estudios económicos y financieros que la avalan deben actualizarse conforme avanza la negociación. Por tanto, no tratándose de la oferta de un canon definitivo ni, por ende, de un estudio económico financiero definitivo, no puede la mesa entrar a valorar los mismos con carácter previo a la negociación, pues éstos se van a ver sometidos necesariamente a cambios y actualizaciones como consecuencia natural del procedimiento negociado de la oferta económica. Solo una vez devienen definitivos, podrán ser valorados por la mesa tal y como exige lógicamente la cláusula 18 del PCAP.

2. La inadmisión de su oferta económica y su consecuente exclusión del procedimiento se basa en una interpretación errónea del estudio económico-financiero y del concepto de gastos financieros.

Indica que del tenor literal de la cláusula 8 del PCAP, su estudio económico cumple con todos los requisitos de contenido del PCAP, justificando la viabilidad del proyecto y del importe del canon inicial ofertado, y no concurre ninguna causa de exclusión, habiendo sido inadmitido por una circunstancia injustificada y no prevista expresamente en los pliegos de la licitación.

En este sentido, indica que ofertó un canon de 3.900.000 euros y que para su financiación ha considerado que el 65% lo hará de forma externa, y la inversión del 35% del canon restante, el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y la inversión en equipos y medios se realizará con fondos propios de la compañía, con un tipo de interés del 0%, y consecuentemente no generan gastos financieros a imputar al contrato.

En este sentido, afirma que la falta de imputación en el estudio económico de los gastos financieros asociados a los recursos propios con los que proyecta financiar el 35% del canon ofertado no es una “absoluta falta de rigor”, sino, por el contrario, una absoluta sujeción a los principios y metodología contable de aplicación obligatoria en este caso.

Por último, entiende la recurrente, a diferencia de la mesa de contratación, que la falta de rigurosidad en la elaboración del estudio económico no constituye una causa de exclusión tipificada en los pliegos. Al contrario, la cláusula 8 del PCAP indica que deberá ser realizado con el *«mayor rigor y minuciosidad posible»*, pero en ningún momento atribuye a una presunta falta de rigor y minuciosidad la exclusión del procedimiento. Únicamente, debe insistirse, conforme a dicha cláusula, que constituyen causas de exclusión asociadas a los estudios de viabilidad bien una falta de beneficio razonable bien la existencia de un desequilibrio económico del contrato.

En este sentido, como de sobra es conocido por todas las partes, es consolidada jurisprudencia y doctrina de nuestros tribunales administrativos en materia de contratación pública que solo pueden constituir causas de exclusión aquellas que expresamente vengan calificadas como tales en los pliegos. Para reforzar su alegato trae a colación parte de las resoluciones 192/2016, de 4 marzo, 76/2017, de 20 de enero, 448/2017, de 26 de mayo y la 105/2019, citada en la muy reciente 755/2021, de 24 de junio, todas ellas del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

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

En cuanto al alegato de la recurrente relativo a que la exclusión de su oferta es contraria a derecho al vulnerar el procedimiento de negociación fijado en el pliego, 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 que la inadmisión de su oferta económica y su consecuente exclusión del procedimiento se basa en una interpretación errónea del estudio económico-financiero y del concepto de gastos financieros, 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 relación a los gastos financieros, señala la entidad interesada en primer lugar que el pliego exigía un estudio económico riguroso, en el que se recogieran todos los costes del servicio, y por tanto, no cabe remitirse al plan general de contabilidad para el análisis de esta cuestión, pues los gastos generales no figuran en dicho plan, y se deben incluir en el estudio económico, que además es a 25 años, no solicitándose la estimación de la cuenta de

pérdidas y ganancias del servicio en los próximos 25 años, sino un estudio económico. En segundo lugar, en el recurso que interpuso contra la adjudicación del contrato -precisamente siendo entonces la adjudicataria la ahora recurrente-, 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.

En cuanto a las causas expresas de exclusión de la licitación, que según la recurrente no se contemplaba este caso, si bien es difícil de concretar lo que pueda entenderse por "beneficio razonable" (cuya "ausencia" si era motivo expreso de exclusión), lo que desde luego no es razonable económicamente es "prestar" 1,3 millones a 25 años sin interés alguno, ya proceda de fondos propios o ajenos, pues en definitiva al repercutir estos costes financieros lo que se pretende es "incluirlos" en las tarifas para poder percibirlos, de tal forma que no incluir en el estudio económico costes directos o indirectos en los que se va a incurrir, supone que el beneficio previsto no es razonable, sin duda alguna.

Por último, sobre la supuesta arbitrariedad de la mesa, por haber aceptado su oferta, que según manifiesta la recurrente, incurría en la misma irregularidad, se ha de decir que, precisamente en sus proposiciones siempre calcula la amortización del canon concesional, incluyendo el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y los gastos financieros, por el sistema de amortización francés, lo que permite saber con exactitud el tipo de interés aplicado, pues es una mera fórmula matemática que tiene en cuenta el importe total (canon más impuesto sobre transmisiones patrimoniales), el plazo (25 años) y el tipo de interés, y por eso ella, en su aclaración, pudo demostrar con exactitud matemática el tipo de interés que aplicó. Y por supuesto, lo que ya resulta difícil a su juicio es que la mesa de contratación pueda analizar si el coste financiero repercutido es el "real" de la empresa, si es elevado o demasiado bajo. Desde luego, en el caso de su oferta, lo que sí es objetivo y real es que aplicó un tipo de interés a la totalidad del canon anticipado, como lo hizo en la anterior ocasión.

OCTAVO. Consideraciones del Tribunal.

1. Sobre que la exclusión de su oferta es contraria a derecho al vulnerar el procedimiento de negociación fijado en el pliego.

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», alegada por la recurrente, 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, el apartado 2 de la cláusula 18 del PCAP 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 el 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 los 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 que la inadmisión de su oferta económica y su consecuente exclusión del procedimiento se basa en una interpretación errónea del estudio económico-financiero y del concepto de gastos financieros.

En este sentido, como se ha expuesto, tras una serie de consideraciones, señala que del tenor literal de la cláusula 8 del PCAP, su estudio económico cumple con todos los requisitos de contenido del PCAP, justificando la viabilidad del proyecto y del importe del canon inicial ofertado, y no concurre ninguna causa de exclusión, habiendo sido inadmitido por una circunstancia injustificada y no prevista expresamente en los pliegos de la licitación. Al respecto, indica que para la financiación ha considerado que el 65% lo hará de forma externa, y la inversión del 35% del canon restante, el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y la inversión en equipos y medios se realiza con fondos propios de la compañía, con un tipo de interés del 0%, y consecuentemente no generan gastos financieros a imputar al contrato.

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, en la 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 sea 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 35% del canon, el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y la inversión en equipos y medios, 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 35% del canon, el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y la inversión en equipos y medios, 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, con base en 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 alegato en el que la recurrente señala que la falta de imputación en el estudio económico de los gastos financieros asociados a los recursos propios con los que proyecta financiar el 35% del canon ofertado no es una "absoluta falta de rigor", sino, por el contrario, una absoluta sujeción a los principios y metodología contable de aplicación obligatoria en este caso, ha de ponerse de manifiesto que con independencia de que nada se dice en el recurso respecto al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y la inversión en equipos y medios, conforme a los pliegos en la viabilidad de una oferta ha de constatarse por el personal al servicio del órgano de contratación si la misma puede realizar la prestación en los términos exigidos y ofertados, no en si la proposición de la entidad licitadora se sujeta a los principios y metodología contable.

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

Por último, entiende la recurrente, que la falta de rigurosidad en la elaboración del estudio económico no constituye una causa de exclusión tipificada en los pliegos pues únicamente conforme a lo establecido en el PCAP, constituyen causas de exclusión asociadas a los estudios de viabilidad bien una falta de beneficio razonable bien la existencia de un desequilibrio económico del contrato.

Pues bien, en este sentido, en efecto la inviabilidad de la oferta económica de la entidad ahora recurrente en los términos analizados en el presente fundamento de derecho, causada por la omisión en el estudio económico de los gastos financieros correspondientes al 35% del canon ofertado, al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y a la inversión en equipos y medios, supone un claro desequilibrio económico del contrato, que en el supuesto que nos ocupa como indica la recurrente es causa de exclusión.

En este sentido, en la sesión de la mesa de contratación de 21 de septiembre de 2021, según consta en acta al efecto, si bien en el último párrafo del apartado 2.1 de la misma se indica respecto de la oferta económica de la ahora recurrente que *«Por tanto, el estudio económico financiero de la entidad (…) [ahora recurrente] NO puede ser admitido motivado por la omisión de una parte de los gastos financieros, debiendo ser excluida la oferta presentada por este licitador, por su falta de rigor en la determinación de los costes del servicio»*, a lo que se acoge la recurrente para afirmar que su oferta ha sido excluida por falta de rigor. Lo cierto es que en dicha acta en su apartado 3, de conclusiones, se afirma por un lado que *«Las ofertas de los licitadores siguientes NO pueden ser admitidas y deben ser excluidas:*
- (…) [ahora recurrente], debido a la omisión en el estudio económico de los gastos financieros correspondientes al 35% del canon ofertado, al ITP y a la inversión en equipos y medios (...)». Y por otro lado lo siguiente: *«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:*
- (…) [ahora recurrente], debido a la omisión en el estudio económico de los gastos financieros correspondientes al 35% del canon ofertado, al ITP y a la inversión en equipos y medios (...)».

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas, procede desestimar en los términos expuestos la tercera parte del segundo de los motivos y con él 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 **AMEDIDA GESTIÓN DE SERVICIOS TECNOLÓGICOS DEL AGUA, S.L.** 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.