**Recursos 177/2022**
**Resolución 345/2022**

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

Sevilla, 27 de junio de 2022.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ACCIONA AGUA Y SERVICIOS, S.L.** contra el acuerdo de fecha 29 de marzo de 2022 por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado "Concesión del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable, servicio de gestión de alcantarillado y depuración o tratamiento de aguas residuales del municipio de Pozoblanco" (Expediente GEX-1881/2019) convocado por el Ayuntamiento de Pozoblanco (Córdoba) este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 3 de abril de 2019 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, y tramitación ordinaria, del contrato de concesión de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 59.586.915 euros. Con esa fecha, los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la entidad ahora recurrente, según consta en la documentación contenida en el expediente de contratación remitido a este Tribunal.

**SEGUNDO.** Durante la tramitación procedimental de la licitación, en la sesión de la mesa de contratación de fecha 10 de marzo de 2021, se detecta que la oferta presentada por ACCIONA AGUA Y SERVICIOS, S.L. (en adelante ACCIONA) se encuentra incursa en presunción de anormalidad y se acuerda otorgar un plazo de cinco días hábiles de audiencia al licitador, contados a partir desde el día siguiente a la publicación del acuerdo en la Plataforma de Contratación del Sector Público, para que justifique y desglose, de manera razonada y detallada, los parámetros conforme a los cuales se ha definido la anormalidad de su oferta, con arreglo a las previsiones del pliego de clausulas administrativas particulares (en adelante, PCAP).

**TERCERO.** En la sesión de la mesa de contratación de fecha 4 de junio de 2021 se acuerda solicitar a los técnicos competentes que elaboraron los informes para la evaluación de la documentación contenida en los sobres 2 y 3, sendos informes sobre la documentación presentada por la empresa sobre la presunción de anormalidad, a fin

de que, una vez elaborados, sean estudiados y valorados por la mesa para elevar al órgano de contratación la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo de la justificación de la anormalidad por la licitadora.

**CUARTO**. Con fecha 3 de marzo de 2022 la mesa de contratación estima que, con fundamento en la clausula 23.3 del PCAP, la oferta presentada por la empresa ACCIONA, incursa en presunción de anormalidad, no es viable, una vez considerada la justificación de la misma y los informes técnicos necesarios y eleva al órgano de contratación la propuesta de exclusión del mencionado licitador.

**QUINTO.** El Pleno del Ayuntamiento de Pozoblanco, mediante acuerdo de fecha 29 de marzo de 2022 ratifica la propuesta de la mesa y acuerda la exclusión de la entidad recurrente por considerar que la justificación aportada para la viabilidad de su oferta incursa en anormalidad no permite concluir que pueda ser cumplida a satisfacción. Dicho acuerdo fue notificado a la recurrente el 19 de abril de 2022 según consta en la documentación remitida.

**SEXTO.** El 5 de mayo de 2022 el Pleno del Ayuntamiento acuerda adjudicar el contrato de concesión de servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado y depuración del municipio de Pozoblanco a favor de la entidad HIDRALIA GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE ANDALUCÍA, S.A. (en adelante HIDRALIA), en las condiciones que figuran en su oferta y las que se detallan en los pliegos reguladores, por considerar su oferta como la mejor en relación calidad-precio. Dicho acuerdo fue publicado en el perfil de contratante el 17 de mayo.

**SÉPTIMO.** El 9 de mayo de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la recurrente contra el acuerdo de exclusión de su oferta indicado en el antecedente quinto, solicitando la suspensión del procedimiento de adjudicación.

Por 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 con fecha 12 de mayo de 2022. Habiéndose detectado que el expediente no fue remitido por el Ayuntamiento de conformidad con lo establecido en el artículo 28.5 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual aprobado mediante Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, con fecha 10 de junio de 2022 se remitió un nuevo requerimiento que ha sido atendido mediante comunicación de la Secretaria general del Ayuntamiento de fecha 15 de junio de 2022 con el contenido que obra en las presentes actuaciones.

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 en el plazo conferido para dicho trámite, las formuladas por FCC AQUALIA, S.A. (en adelante FCC) y por la entidad que ha resultado adjudicataria según se indica a continuación, HIDRALIA.

**OCTAVO.** El 20 de mayo de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la recurrente contra el acuerdo de adjudicación señalado en el antecedente anterior, solicitando la suspensión del procedimiento de adjudicación y la acumulación del recurso especial al interpuesto con anterioridad frente al acuerdo de exclusión, dada la identidad de sujetos, sustancial e identidad de motivos e íntima conexión.

Por la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le solicita que remita el informe al mismo y la documentación necesaria para su tramitación y resolución. La documentación solicitada tiene entrada en este Tribunal el 23 de mayo de 2022.

Dicho Recurso tramitado con el número 192/2022 ha dado lugar a la Resolución 346/2022 que ha inadmitido el recurso por haberse dictado la presente Resolución que resuelve la cuestión sustantiva planteada en aquél, relativa a la exclusión de la oferta de la recurrente.

**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 Pozoblanco ( Córdoba) ha manifestado que no dispone 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 entidad 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.**

El objeto de licitación es un contrato de concesión de servicios con un valor estimado superior a tres millones de euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y es objeto de impugnación el acto de exclusión de su oferta por lo que el acto es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.c) y 2.b) de la LCSP.

**CUARTO. Plazo de interposición.**

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en lo referente al interpuesto contra la exclusión de la oferta de la recurrente, el artículo 50.1 c) de la LCSP establece que:
*«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*
*c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción»*.

En el supuesto analizado, la resolución por la que se excluye de la licitación a la recurrente fue adoptada por el órgano de contratación, el 29 de marzo de 2022 y notificada al recurrente el 19 de abril, por lo que el recurso presentado el 9 de mayo de 2022 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legalmente señalado.

**QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.**

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que se sustenta que serán analizados en este y en el siguiente fundamento de derecho.

Ahora bien, con carácter previo al análisis de fondo del recurso, y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación, en lo que aquí interesa, el contenido de las actuaciones realizadas en el seno del

procedimiento de contratación, para analizar, a continuación, la controversia suscitada por la recurrente que se opone a la exclusión de su oferta al considerar, por un lado, que la decisión del órgano de contratación se ha fundamentado en informes no concluyentes y que aquella es viable de acuerdo con la justificación por ella presentada a requerimiento de la mesa de contratación.

1. Actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación.

Como punto de partida procede indicar que no es objeto de controversia el hecho de que la proposición económica de la recurrente se encontraba dentro de los parámetros establecidos en la clausula 23 del PCAP para que se procediera a dar el trámite de audiencia previsto en el artículo 149 de la LCSP para la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas inicialmente en valores anormales o desproporcionados.

Así, según consta en la documentación remitida y se ha indicado en los antecedentes, en la sesión de la mesa de contratación de fecha 10 de marzo de 2021, tras detectar que la oferta presentada por Acciona Agua y Servicios S.L se encontraba incursa en presunción de anormalidad, se acordó solicitar a la recurrente que justificara la viabilidad de su oferta con el requerimiento que se transcribe, a continuación: «*Una vez detectada que la oferta presentada por Acciona Agua y Servicios se encuentra incursa en presunción de anormalidad, con valores anormales o desproporcionados, la Mesa de Contratación, acuerda otorgar un plazo de cinco (5) días hábiles de audiencia al licitador Acciona Agua y Servicios, contados a partir desde el día siguiente a la publicación de este acuerdo en la Plataforma Contratación del Estado, para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente los parámetros en base a los cuales se ha definido la anormalidad de su oferta y precisen las condiciones de la misma».*

Con fecha 22 de marzo de 2021 la entidad recurrente presenta un extenso informe justificativo en el que pone de manifiesto la falta de claridad y concreción del requerimiento, criticando su contenido al no discriminar entre precios ofertados de carácter público, o limitados a los de la propia Administración, o precios directamente concertados por la entidad ofertante, lo que hace que la labor justificativa implique la totalidad de la oferta económica, desconociendo la recurrente, ante la falta de concreción de la mesa, si la anormalidad detectada por aquella implica realmente la totalidad de los parámetros de la oferta o alguna de los conceptos o partidas de la misma, generándole consecuentemente un alto grado de indefensión.

En el referido informe la recurrente documenta y justifica su oferta con toda clase de detalle, y un estudio pormenorizado y riguroso de justificación de los costes utilizados para la concesión integral del agua de Pozoblanco concluyendo en la viabilidad de la oferta presentada.

Mediante escrito de fecha 23 de marzo de 2021 la recurrente solicita a la mesa de contratación trámite de audiencia con la finalidad de exponer verbalmente los pormenores y particularidades de la oferta interesada, a fin de dotar de la mayor transparencia y claridad a la contratación y facilitar a la mesa el conocimiento pleno de la justificación realizada.

En la sesión de la mesa de contratación de fecha 4 de junio de 2021 se acuerda solicitar a los técnicos competentes que elaboraron los informes para la evaluación de la documentación contenida en los sobres 2 y 3, sendos informes sobre la documentación presentada por la empresa sobre la presunción de anormalidad, a fin de que, una vez elaborados, sean estudiados y valorados por la mesa para elevar al órgano de contratación la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo de la justificación de la anormalidad por la licitadora.

Finalmente, el Pleno del Ayuntamiento de Pozoblanco, mediante acuerdo de fecha 29 de marzo de 2022 ratifica la propuesta de la mesa de fecha 3 de marzo de 2022 y acuerda la exclusión de la entidad recurrente por considerar

que la justificación aportada para la viabilidad de su oferta incursa en anormalidad no permite concluir que pueda ser cumplida a satisfacción.

2. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente ejercita, con carácter principal, la pretensión de nulidad del acuerdo de 29 de marzo de 2022 del órgano de contratación por incurrir en arbitrariedad y solicita que se acuerde la retroacción de actuaciones al momento del requerimiento de justificación de la anormalidad de la oferta. Con carácter subsidiario, solicita la nulidad de los acuerdos primero y segundo de la mesa de contratación en su sesión de fecha 3 de marzo.

En segundo lugar, pretende que se declare suficiente y adecuada la justificación de la anormalidad de la oferta, y por tanto que se le adjudique la concesión por ser la suya la mejor oferta en relación calidad precio según los criterios establecidos en el PCAP.

El recurso se basa en los motivos que exponemos a continuación.

2.1. En primer lugar, denuncia la grave indefensión ocasionada por haberle efectuado un requerimiento genérico para la justificación de la anormalidad de su oferta sin indicación de los parámetros concretos ni de los aspectos que debían ser objeto de justificación, con inobservancia del mandato establecido en el artículo 149.4 de la LCSP.

2.2. En el segundo motivo alega que la decisión adoptada por la mesa de contratación se fundamenta en los informes técnicos que fueron solicitados que no eran concluyentes ni determinantes para concluir en la inviabilidad de su oferta. Basa esta alegación en las manifestaciones reflejadas en el acta de la sesión de 24 de febrero de 2022 efectuadas por alguno de los miembros de aquélla que ponían de manifiesto la imposibilidad de adoptar una decisión debido a la falta de valoración de elementos suficientes para emitir el voto y conformar el criterio del órgano colegiado sobre la viabilidad de la oferta incursa en anormalidad. Invoca la doctrina de los actos propios respecto de la actuación del Presidente de la mesa y la interdicción de la arbitrariedad, proscrita por el mandato constitucional consagrado en el artículo 9.2 de la Constitución Española

2.3. Concomitante con el anterior, el tercer motivo fundamenta la nulidad de la decisión del órgano de contratación de exclusión de la oferta basada en la propuesta de la mesa a la que tilda de falta de motivación en cuanto que se basa en informes no concluyentes, frente al informe que presenta ACCIONA conforme al cual se demuestra que el proyecto es viable desde el punto de vista económico y financiero, estando plenamente justificado el ahorro de costes que -indica- está anudado a la mejora sobre las inversiones a realizar en el servicio que redundará en una mejora de las infraestructuras y en menores costes.

2.4. En el cuarto motivo, la recurrente desarrolla la justificación y explicación de la viabilidad económica de su oferta que circunscribe, en primer lugar, al riesgo operacional, al considerar que es en el marco de la asunción del riesgo –como elemento determinante del contrato de concesión de servicios- donde debe ser valorada la presunción de anormalidad y no por la presunción automática por la aplicación de una fórmula económica prevista en los pliegos. En ese sentido, considera que la reducción de costes, adecuándolos a las inversiones planteadas es lo que justifica que ACCIONA asuma el riesgo operacional en la gestión de la concesión, y que este sea el enfoque para analizar la viabilidad de la oferta.

Por otra parte, justifica el cumplimiento del contrato de concesión a satisfacción de la Administración en la relación entre la tasa interna de retorno (TIR) y la asunción del riesgo, e incide en que su proyecto es viable ya que la tasa de descuento es inferior a la TIR, siendo importante, a la hora de valorar la viabilidad de un proyecto

de inversión, tener en cuenta la tasa de descuento puesto que si dicha tasa es superior a la TIR, el proyecto no es viable en la medida que costaría más financiar el proyecto que lo que se obtiene a largo plazo por la inversión. Siendo, por tanto, la tasa de descuento aplicada en el modelo económico y financiero del 3,39%, resulta notablemente superior a la establecida por el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, por lo que se acredita la viabilidad de la oferta presentada.

A continuación, el recurso efectúa un análisis pormenorizado de todos los puntos controvertidos puestos de manifiesto en el acta de la sesión de 24 de febrero de 2022 que ha servido de sustento para la decisión del órgano de contratación que es objeto de impugnación.

La primera objeción que formula es la indefensión que le ha originado, a la hora de justificar la viabilidad de su oferta, la falta de indicación de los aspectos a justificar sobre los que posteriormente se ha adoptado la decisión de exclusión por inviabilidad. Y parte como premisa de la asunción, en sus proyecciones económico-financieras de aquellas partidas que representan un 75,53% del coste total considerado en el estudio económico que forma parte del expediente de contratación.

Así con relación al coste de personal, considerado por el órgano muy ajustado a convenio e incluso por debajo, la recurrente alega que en la oferta asumió el coste de personal según lo indicado en el pliego y en el convenio vigente en el momento de elaboración de la propuesta, contemplándose un crecimiento del 1% con respeto del pliego que rigió la licitación. Justifica que en el estudio económico que formaba parte de su oferta asumió un coste de personal un 7% superior al previsto por el órgano de contratación en el expediente. Concluye, por tanto, en la razonabilidad de su propuesta de costes y en la falta de respaldo por datos objetivos de la conclusión alcanzada por el órgano respecto de los costes de personal.

Con relación a la verificación de la vinculación entre la TIR y la tasa de descuento como criterio determinante de la viabilidad económica de proyecto – aspecto éste que fue puesto de manifiesto en el informe técnico de fecha 21 de julio de 2021- en el recurso se insiste en que la evaluación de la justificación presentada debe tener en cuenta la situación particular de la empresa licitadora, tomando en consideración las ventajas competitivas de una empresa de sus características, y que el estudio económico-financiero que formaba parte del expediente se fundamenta en ratios y estimaciones acordes a la inversión mínima planteada en el expediente. En concreto, y según la tabla que adjunta indicativa del canon inicial, el canon variable y el canon variable de infraestructuras hidráulicas, los cánones variables (de carácter anual y que permitirán invertir en el servicio de manera continuada) permitirán mejorar notablemente el estado de la infraestructura y reducir los costes de explotación, lo que justifica sobradamente los costes del servicio y su proyección económico-financiera durante toda la concesión.

Respecto de los gastos de primer establecimiento -relativos a inversiones iniciales enfocadas a la obtención de medios iniciales, destinados a amortizar durante todo el período de la concesión- la recurrente, frente a la ausencia de desglose del gasto correspondiente a este concepto por parte del órgano, desglosa los distintos conceptos para los que aplica una amortización lineal en 25 años resultando una cantidad anual de 2.059, 44 euros. Justifica, de manera detallada, el coste asociado a los equipos de búsqueda de fugas que resulta más competitivo debido a la estructura y medios materiales con que cuenta ya de por si la empresa, y en el hecho de que parte de los trabajos de búsqueda de fugas sean subcontratados. Por otro lado, se asume el coste de los postes de recarga y de herramienta y pequeño material. El coste asociado al dumper no se incluye dentro de los gastos de primer establecimiento con el objetivo de evitar su duplicidad y se justifican los costes asociados a

almacén y oficina, pequeña maquinaria de obra civil, equipos tomamuestras; software; stock y los costes de energía eléctrica.

La recurrente se centra a continuación en explicar la inoperancia de la aplicación de los criterios definidos en el artículo 85 del Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) a los contratos de concesión que presentan una característica fundamental y diferenciadora del resto de contratos del sector público, cual es la transferencia del riesgo concesional, cuyos elementos analiza con detenimiento. Como consecuencia de ello, alega que la oferta debe analizarse en su conjunto, tanto ingresos como gastos e inversión prevista para determinar la viabilidad económica de la prestación del servicio objeto de licitación y no exclusivamente conforme a parámetros aislados. Y pone de manifiesto que, pese a que la oferta de HIDRALIA presenta un estudio económico con una rentabilidad mínima, la oferta de ACCIONA es excluida pese a presentar una mayor viabilidad económica y rentabilidad, aspecto éste que es obviado por la mesa de contratación y que considera de enorme relevancia de cara a la propuesta de adjudicación.

Respecto de los costes de mantenimiento y operación anuales, que suponen una reducción del 68,76 % respecto al estudio económico financiero, alega que dicho coste está directamente relacionado con el volumen de inversión en un servicio de estas características, que cifra en más de 525.000 euros al año, por lo que esa sustancial mejora en el volumen de inversión, a través de la mejora de los cánones, ha de tener una relación lógica y directa en la mejora de la infraestructura y la consecuente reducción de los costes de mantenimiento. Concluye que el coste queda perfectamente justificado y no afecta a la viabilidad económica y financiera de la concesión.

Asume en su escrito que se ha cometido un error material que califica de mínimo e intrascendente en la indicación del canon de vertido, por lo que niega el incumplimiento del PCAP en lo relativo a dicho extremo. Explica la diferencia entre la oferta HIDRALIA y su oferta concluyendo que el canon de vertido ofertado por esta última para el periodo de 25 años de concesión asciende a 327.398 euros cifra inferior en más de 190.000 euros a la prevista por ella. Por lo tanto, considera que, al prever una mayor partida económica para este coste, y pese al error material cometido, puede ejecutar el contrato bajo un escenario viable económicamente.

Defiende el porcentaje de cuantificación de la oferta del canon variable y del canon variable de mejora de infraestructuras de su oferta que explica ha de efectuarse sobre el % sobre los ingresos totales del servicio y no sobre valor absoluto resultante de aplicar dicho porcentaje a los ingresos, puesto que los ingresos del servicio que se vayan a generar son inciertos en el momento actual y en el de la licitación, y no se pueden prever con total exactitud para los 25 años de concesión, constituyendo ello uno de los aspectos económicos que forman parte del riesgo operacional.

Respecto de la omisión advertida en el informe de asesoramiento técnico de alguna de las partidas de los costes operacionales, como las incidencias detectadas en las inversiones de los gastos de primera implantación, Acciona defiende, por el contrario, que se recogen todos los costes asociados a la ejecución de las inversiones, en concreto, la redacción del proyecto, dirección de obra y seguridad y salud, conceptos todos incluidos en el presupuesto de ejecución de la inversión.

3. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación se opone al recurso con los argumentos que, de manera sintética, se exponen a continuación. Considera válidos los acuerdos adoptados por la mesa y el órgano de contratación, respectivamente, y solicita la desestimación del recurso interpuesto.

En primer lugar, considera que el requerimiento que se efectuó a la recurrente fue correcto, atendidos los términos que establece la cláusula 23 del PCAP, siguiéndose el procedimiento establecido para ello y no originando indefensión alguna a la recurrente que incluso en el escrito que presentó para la justificación de su oferta indicaba, en concreto que: "*en todo caso, la presunción de anormalidad detectada gira en torno a los parámetros establecidos en la Cláusula 23 del Pliego, es decir, CANON INICIAL, CÁNONES VARIABLES E INGRESOS AÑO 1, aspectos que son desarrollados pormenorizadamente en los anexos justificativos que acompañan a este escrito".*

En segundo lugar, y frente a lo alegado por la recurrente en los motivos segundo y tercero, con relación a la falta de determinación de los informes técnicos sobre los que se fundamentó la decisión de exclusión, en el informe se indica que se incorporaron al expediente sendos informes técnicos, obrantes en el expediente, al objeto de proceder a la evaluación de la justificación presentada por la recurrente y que fueron solicitados con la finalidad de asesorar para la toma de decisión del órgano competente si bien nunca deben sustituir a la decisión que ha de ser adoptada por el órgano que en cada caso sea competente para ello. Recalca que en aquellos se recogen manifestaciones claramente indiciarias de incumplimientos o incidencias relevantes que por su magnitud pueden comprometer la viabilidad del proyecto y que permiten concluir que la oferta no puede ser cumplida a satisfacción por no haber valorado aspectos determinantes para la viabilidad económica del proyecto.

Por otra parte, se alega que el juicio emitido por un miembro de la mesa no es obstáculo para la válida formación de la voluntad de un órgano colegiado como es la mesa de contratación.

En cuanto a la arbitrariedad denunciada por la recurrente, invoca la doctrina de este Tribunal sobre el alcance de la discrecionalidad técnica de la Administración, y de los servicios técnicos especializados a la hora de valorar la suficiencia de la justificación aportada por las empresas incursas en presunción de anormalidad, función evaluadora del órgano de contratación que no puede ser suplida por la labor revisora de este Tribunal.

El cuarto motivo se circunscribe al riesgo operacional como elemento fundamental que ha de ser tenido en cuenta a la hora de valorar la viabilidad económica de la oferta. Al respecto, y frente a las afirmaciones de la recurrente sobre la consideración de su oferta como la mejor de las valoradas relación calidad precio, el informe extrae las consideraciones reflejadas en sus intervenciones por los miembros de la mesa que ponen de manifiesto la inviabilidad del contrato si se acepta la justificación de la presunción de anormalidad, debido a la multitud de incoherencias entre el documento justificativo de la baja y el estudio económico financiero incluido en el sobre 2.

Finamente, con relación a las argumentaciones, de gran prolijidad, sobre el análisis, valoración y motivación realizados por la mesa de contratación, como sustento del acuerdo adoptado por el órgano, el informe se remite al contenido de las actas de 24 de febrero de 2022 y 3 de marzo de 2022 que se dan por reproducidos.

4. Alegaciones de las entidades interesadas.

De la relación de entidades licitadoras que han concurrido a la licitación, han formulado alegaciones la entidad adjudicataria **HIDRALIA** y la entidad **FCC** oponiéndose a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en sus escritos de alegaciones y que, constando en las actuaciones del presente procedimiento, y debido a su extensión, aquí se dan por reproducidas.

**SEXTO. Consideraciones del Tribunal sobre el fondo del asunto.**

Una vez vistas las alegaciones de la recurrente y del órgano de contratación, el análisis de este Tribunal debe comenzar por el examen de los motivos en que se sustenta.

1. El primero de los motivos esgrimidos es la indefensión originada por el contenido genérico del requerimiento efectuado por el órgano de contratación para la justificación de la viabilidad de la oferta incursa en presunción de anormalidad. Lo primero que procede indicar es que la eventual estimación del motivo alegado, en los términos en que aparece planteada la cuestión litigiosa, haría innecesario el análisis del resto de las alegaciones.

El órgano de contratación, en su informe al recurso, niega la existencia de indefensión y alega que tanto en el requerimiento dirigido al recurrente como en las actuaciones siguientes se ha seguido estrictamente lo dispuesto en la clausula 23 del PCAP, y que, habiendo sido efectuado el requerimiento en los mismos términos que la citada cláusula, la inconcreción de la misma, en su caso, debería haber sido objeto de impugnación frente a los pliegos, que, al no haber sido recurridos, son firmes y consentidos.

Pues bien, en relación con el requerimiento efectuado para la justificación de la viabilidad de una oferta, este Tribunal se ha manifestado en varias ocasiones, entre otras, en sus Resoluciones 213/2020, de 18 de junio, 331/2020, de 8 de octubre, 150/2021, de 22 de abril, 158/2021 y 159/2021, de 29 de abril, 171/2021, de 6 de mayo y 251/2021, de 24 de junio. En concreto, en la Resolución 213/2020, de 18 junio, este Tribunal exponía en su fundamento séptimo lo siguiente:

> *«(…) La recurrente alega que el requerimiento transcribía literalmente los valores a los que se refiere el artículo 149.4 de la LCSP, y que no se le pidió que desglosara económicamente su oferta. Pues bien, en este apartado el artículo 149 de la nueva LCSP ha introducido, en lo que ahora interesa, tres novedades frente a la redacción del artículo 152 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. La primera es que el requerimiento tiene por objetivo que el licitador justifique y desglose razonada y detalladamente el bajo nivel de precios o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos. La segunda es la necesidad de que la petición de información se formule con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta. Y la tercera novedad es que se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta, entre otros supuestos, sea incompleta.*
> *El requerimiento de justificación de fecha 10 de octubre de 2019 dirigido a la entidad recurrente, tras señalar que se ha identificado que su oferta se encuentra incursa en presunción de anormalidad, se formuló en los siguientes términos: (…).*
> *Pues bien, la primera consideración que cabe hacer es que el requerimiento fue formulado en* términos *prácticamente similares a los que establece el precepto. Esto se observa al menos en dos aspectos. En primer lugar, salvo el valor relativo a la letra a), Documentación justificativa de la proximidad de la sede y estructura operativa, los otros valores del requerimiento reproducen los recogidos en la norma en iguales términos, haciendo referencia además a contratos de suministros y de obras, cuando estamos ante un contrato de servicios. Y en segundo lugar, cuando el requerimiento señala que "justifique y desglose razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios o de costes o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta".*
>
> *Esta frase, que reproduce lo dispuesto en este apartado 4 del artículo 149, debería haberse adaptado a las circunstancias concretas del presente contrato. Es decir, no cabe hablar de cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, ya que conforme al pliego que rige la presente licitación, de conformidad con lo dispuesto en el Anexo IX del PCAP, "Parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja" las reglas para determinar cuando una*

*proposición se considera incursa en presunción de anormalidad se refieren, en función del número de licitadores que concurren en el presente caso, a parámetros de unidades porcentuales por referencia a la media de las ofertas presentadas, es decir, que el punto de partida es el precio ofertado.*

*(…). Si bien en principio podría entenderse incluido en el enunciado de la solicitud de información la necesidad de desglosar la oferta, pues es lo que permitiría apreciar su viabilidad, no obstante, hubiera sido deseable que, en aras a la debida claridad que establece el artículo 149.4, se hubiera exigido de forma expresa.*

*En este sentido, como sostiene la Resolución 1079/2018, de 23 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: "En todo caso, la suficiencia de la información ofrecida por el licitador debe analizarse a la vista de lo solicitado en el requerimiento por el órgano de contratación, de tal modo que si este considera imprescindible que se justifique un determinado aspecto de la oferta necesariamente lo ha de indicar en su requerimiento (cfr.: Resolución 180/2017); por ello, la falta de concreción del requerimiento supone que, "a priori", puedan admitirse las explicaciones que se refieran a cualquier extremo de la oferta dirigidas a justificar su capacidad para ejecutar el contrato (cfr.. Resolución 997/2016)".*
*(…).*
*Pues bien, teniendo en cuenta el motivo alegado en el recurso, los términos genéricos del requerimiento de información, el informe en gran parte favorable a la justificación, el principio de proporcionalidad y la necesidad de una motivación reforzada en el sentido expuesto para excluir una oferta que es la económicamente más ventajosa, debiera haberse concedido a la recurrente la oportunidad de completar la información, al considerarla el órgano de contratación tan determinante y no haberla solicitado expresamente en el requerimiento, por lo que procede estimar el recurso.».*

A fin de enfocar debidamente la cuestión a dilucidar, conviene transcribir a continuación la cláusula 23 del PCAP.
*«CLÁUSULA 23. OFERTAS DESPROPORCIONADAS.*
*23.1. Previamente a la adjudicación, la mesa de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentren en presunción de anormalidad aplicando los parámetros objetivos que se establecen a continuación.*
*23.2. De cara a determinar aquellas ofertas que pudieran estar en temeridad, de conformidad con los criterios que se establecen a continuación, se aplicarán los criterios recogidos por el RGLCAP en su artículo 85. Teniendo en cuenta la consideración del servicio de abastecimiento domiciliario y depuración de aguas como un servicio esencial y de prestación obligatoria con expresa reserva a favor de las Entidades Locales (art 86 LBRL), de cara a evitar futuros problemas en la prestación de los servicios objeto de la presente licitación por haberse adjudicado a una oferta que, si bien, aun no encontrándose dentro de los casos de desproporcionalidad en aplicación de los criterios del artículo 85 fuera, por su elevado riesgo, de difícil cumplimiento, con el consiguiente perjuicio para el servicio, los porcentajes recogidos en el artículo 85 se verán reducidos en un tercio a la hora de apreciar su temeridad en la presente licitación.*

*El valor que se tendrá en cuenta a la hora de determinar la supuesta temeridad de las ofertas será la suma del canon inicial ofertado por el licitador, más el valor de los cánones variables ofertados por el licitador (en porcentaje) para los 25 años de duración del contrato, tomando como base los ingresos del Año 1 reflejados en el Anexo V, es decir:*

$$CI\ o + CV\ o * Ingresos\ Año\ 1 * 25 + Cm\ o * Ingresos\ Año\ 1 * 25$$

*En caso de detectar una oferta con valores anormales o desproporcionados se llevará a 23.3. cabo el siguiente procedimiento. La mesa de contratación otorgará un plazo de cinco (5) días hábiles de audiencia a los licitadores cuyas ofertas se encuentren incursas en presunción de anormalidad para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente los parámetros en base a los cuales se haya definido la anormalidad de su oferta y precisen las condiciones de la misma, de manera que únicamente podrán ser rechazados y excluidos del procedimiento aquellos licitadores que no aporten la justificación requerida, o cuya oferta, considerando la justificación aportada y los informes técnicos solicitados, se estime que no pueda ser cumplida a satisfacción».*

Según consta en la documentación remitida, en el acta de la sesión de la mesa de 10 de marzo de 2021 después de transcribir el cuadro correspondiente a la aplicación de los criterios establecidos en la cláusula antes transcrita para la identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad –que remitía a la aplicación de los criterios establecidos en el artículo 85 del Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas- se refleja lo siguiente:

« *Una vez detectada que la oferta presentada por Acciona Agua y Servicios se encuentra incursa en presunción de anormalidad, con valores anormales o desproporcionados, la Mesa de Contratación acuerda otorgar un plazo de cinco( 5) días hábiles de audiencia al licitador Acciona Agua y Servicios, contados a partir del día siguiente a la publicación de este acuerdo en la Plataforma de Contratación del Estado, para que justifiquen y desglosen detalladamente los parámetros en base a los cuales se ha definido la anormalidad de su oferta y precisen las condiciones de la misma".*

Sobre la base de lo anterior, y según reconoce el propio informe del órgano, el contenido del requerimiento efectuado reprodujo estrictamente el apartado tercero de la cláusula 23 del PCAP sin indicar otros aspectos o parámetros concretos para justificar la viabilidad de la oferta incursa en anormalidad, o requerirle, en su caso, información o documentación complementaria con la misma finalidad.

Consta en la documentación remitida que la recurrente, no obstante, presentó un extenso informe justificativo de la viabilidad de la oferta en el que, con carácter previo, advertía de la falta de claridad y concreción del requerimiento, lo que dificultaba, a su juicio, la labor justificativa al implicar la totalidad de la oferta económica, generando una situación de indefensión ante el desconocimiento de si la anormalidad detectada por la mesa implicaba realmente la totalidad de los parámetros de la oferta o alguno de los conceptos o partidas de la misma. En cualquier caso, señalaba que, al girar la presunción de anormalidad detectada en torno a los parámetros establecidos en la cláusula 23 del PCAP, es decir, canon inicial, cánones variables e ingresos del año 1, esos serían los aspectos a desarrollar, de manera pormenorizadas, en los anexos justificativos que forman parte del contenido del informe. Y aludía asimismo, a los extremos susceptibles de requerir justificación por la mesa conforme al artículo 149.4 de la LCSP que, pese a ser omitidos, por la mesa, desarrolla adaptándolos al caso concreto.

El informe técnico, obrante en el expediente administrativo, solicitado por la mesa de contratación para analizar la anormalidad de la oferta- documento que suscita el debate entre los miembros de la mesa en la sesión de fecha 24 de febrero de 2022 por no estimarlo concluyente ni determinante en sus conclusiones- destaca entre sus consideraciones finales, entre otras, lo siguiente:

*«TIR Y VIABILIDAD ECONÓMICA DEL CONTRATO*

*En el Estudio económico y financiero de la oferta, que la empresa ACCIONA presentó dentro del Sobre Nº 3 Criterios evaluables mediante fórmulas, manifiesta en su apartado 7.1 Resultado de proyecto, que "Del análisis realizado la TIR del proyecto obtenida a partir del flujo de caja libre de la explotación resulta un valor de 3,41%", siendo "El VAN calculado con la serie de flujos de caja utilizando un WACC del 3,39%", que es el mismo valor que el recogido en el Anexo V Estudio Económico-financiero del Servicio del PCAP, obteniendo un Beneficio del Contratista acumulado al final del contrato del 4% antes de impuestos (BAI).*

*Si la TIR (3,41%) es mayor que k (3,39%), siendo la TIR, la Tasa Interna de Retorno y "k" la tasa de descuento de flujos elegida para el cálculo del VAN, podemos considerar que la tasa de rendimiento interno que se obtiene es superior a la tasa mínima de rentabilidad exigida a la inversión y por tanto el proyecto es viable, y por consiguiente aceptado, siempre y cuando se hayan tenido en cuenta todos los costes del Servicio para su determinación en la proyección económica y financiera.*

*En base a lo anteriormente expuesto se ha emitido el presente informe, prestando especial interés en comprobar que tanto el Estudio económico-financiero presentado en el Sobre Nº 3, como la información aportada en el Informe de justificación de la presunción de anormalidad, son coherentes con lo indicado por el licitador en el Archivo nº 2 de su oferta, identificando y cuantificando, a juicio de éste técnico y en la medida que ha sido posible, aquellos aspectos que han sido omitidos o no han sido valorados convenientemente en el Estudio económico-financiero de la oferta, de tal modo que una vez tenidos en cuenta estos costes en la proyección económica y financiera, se verifique que la TIR sigue siendo mayor que la tasa de descuento de flujos de caja elegida (k=3,39%), considerando que este sería el criterio determinante de la viabilidad económica del proyecto* ( el subrayado es nuestro)

*COSTES NO DOTADOS EN EL ESTUDIO ECONÓMICO-FINANCIERO*

*En el análisis de la documentación aportada, hemos detectado incidencias en partidas que, o no han sido dotadas de coste, o consideramos que no han sido dotadas de manera suficiente, por importe no dotado de 76.926,79 €/año para el año 1 del contrato, de las que siete de ellas las hemos calificado como RELEVANTES, por un importe de 73.121,44 €/año, lo que supone, según nuestro análisis y estimaciones, que los costes de la Oferta presentada por ACCIONA deberían incrementarse en un 6,03% para poder atender convenientemente sus obligaciones contractuales y poder prestar el Servicio a satisfacción.*

*Total costes consignados en el Anexo V del PCAP 1.427.225,13*
*Total costes consignados Oferta ACCIONA 1.275.635,96*
*Reducción de costes Oferta vs Anexo V (€) 151.589,17*
*Reducción de costes Oferta vs Anexo V (%) 10,62%*
*Total costes que se considera no dotados en la Oferta (€) 76.926,79*
*Total costes que se considera no dotados respecto Oferta Acciona (%) 6,03%*

*Si el balance lo realizamos únicamente sobre el importe de los costes que se considera no han sido dotados los comparamos únicamente con el importe de los costes de esas partidas, el incremento se eleva hasta el 62,64%.*

*Total costes consignados en el Anexo V del PCAP 262.873,44*
*Total costes consignados Oferta ACCIONA 122.815,00*
*Reducción de costes Oferta vs Anexo V (€) 140.058,44*
*Reducción de costes Oferta vs Anexo V (%)53,28%*
*Total costes que se considera no dotados en la Oferta (€) 76.926,79*
*Total costes que se considera no dotados respecto Oferta Acciona (%) 62,64%*

*(...)»* (el subrayado es nuestro)

Por otra parte, este Tribunal comprueba que, según consta en el acta de la sesión de fecha 24 de febrero de 2022, al relatar el Sr. Arquitecto técnico las incidencias observadas y los incumplimientos del PCAP que se imputan a la oferta de la recurrente, se refiere a una serie de aspectos o parámetros sobre los que justifica la inviabilidad de la oferta presentada por la recurrente. Y así menciona, entre otros:

« *- La oferta objeto de análisis presenta una diferencia con la media de las ofertas, de un 19%, cuando hay una previsión restrictiva incluida en el Pliego que modifica a la baja ( del 10% previsto en la LCSP) al 6,7 % por lo que nos encontramos ante una desviación de suma importancia, y que, por lo tanto, la justificación habrá de ser tan explícita en su descripción cuanto mayor sea el desvío de la normalidad.*

*- Los costes diseñados por PWACS para mantenimiento ( acumulados 25 años) son 4.198.116 euros y Acciona los deja en 1.281.789 euros que representa solo un 30,53% de los costes previstos.*

*- Incumplimientos claros del PCAP y en concreto del Anexo V, apartado 4 del PCAP que por Canon de vertido se considera una variación anual del índice de precios del 1,5% para todo el período de estudio.*

*-(…)*

*- En el informe de asesoramiento técnico e detectan omisiones en los costes de distintos capítulos de los costes operacionales.*

*-(...)»*

Según obra en el expediente remitido, en el acta de la sesión de la mesa de contratación de 24 de febrero de 2022 se refleja el debate suscitado entre los miembros de la mesa a la hora de abordar el examen de los informes técnicos solicitados y emitidos sobre la justificación de la viabilidad de la oferta por la empresa hoy recurrente, y en aquella, tras retomar el debate sobre la petición de emitir nuevos informes, técnico, jurídico y económico, se concluye lo siguiente:

*« Se retoma el debate sobre la petición de emitir nuevos informes, técnico, jurídico y económico, por los diferentes titulares de los servicios de este Ayuntamiento hecha por el Sr. Presidente, ya que según indica este último, los informes externos no son concluyentes y quiere amparar su decisión en los informes técnicos municipales. Se pone de manifiesto que el respaldo a la decisión final de la mesa vendrá reflejada en el acta que se redacte al efecto, con la redacción en la misma de los argumentos y fundamentos expuestos para ello.*

*Por tanto, tras determinadas manifestaciones y visto que alguno de los miembros de la Mesa de contratación no tienen elementos de valoración suficientes para emitir su voto,tal y como se ha puesto de manifiesto en el presente acta. El Presidente emplaza a la Mesa para una próxima reunión el día 3 de marzo de 2022, jueves, a las 11:00 h en la Sala de Comisiones de este Ayuntamiento...»*

Posteriormente, en la sesión de la mesa de fecha de 3 de marzo de 2022 se somete a votación la justificación de la oferta efectuada por la recurrente y con el resultado de una abstención y seis votos favorables se acuerda lo siguiente*: «en base a la cláusula 23 del PCAP rechazar la oferta de la empresa licitadora Acciona Agua y Servicios cuya oferta se encuentra incursa en presunción de anormalidad, puesto que una vez considerada la justificación aportada por la misma y los informes técnicos solicitados, se ha estimado por la Mesa de Contratación que NO puede ser cumplida a satisfacción y elevar al Órgano de Contratación propuesta de exclusión del procedimiento del*

*mencionado licitador, propuesta basada en los argumentos y fundamentos recogidos en el acta de la sesión de la Mesa de contratación de fecha 24 de febrero de 2022»*

De cuanto hasta aquí se ha expuesto, procede constatar que los términos del requerimiento efectuado, si bien, es preciso admitir que no impidieron a la recurrente aportar el informe justificativo de su oferta con la extensión con que lo hizo, no le permitió conocer *ab initio* aquellos aspectos concretos que ulteriormente fueron analizados por los informes técnicos obrantes en el expediente, y que sirvieron de base a la decisión de la mesa- no exenta de controversia- puesto que, como efectivamente refleja el acta de la sesión de la mesa de 24 de febrero de 2022, alguno de los miembros de aquélla pusieron de manifiesto el carácter no concluyente ni determinante de los informes técnicos para poder adoptar la decisión sobre la viabilidad de la oferta.

No es ocioso traer a colación que la envergadura y la complejidad técnica del análisis económico-financiero de la oferta y de los aspectos que debían justificarse para apreciar la viabilidad impelían a una concreción más exhaustiva de los términos del requerimiento efectuado, señalando aquellos aspectos específicos de la oferta de ACCIONA que ulteriormente se han considerado como relevantes en los informes técnicos para considerar la falta de viabilidad, como por ejemplo, han sido los relativos a los incumplimientos del PCAP o la relación entre la tasa interna de retorno (TIR) y la viabilidad económica del contrato, atendiendo al estudio económico financiero del mismo, si como parece desprenderse del informe técnico obrante en el expediente, el hecho de que la TIR fuese mayor que la tasa de descuento era uno de los criterios determinantes de la viabilidad económica del proyecto.

Pues bien, en el supuesto que se examina, se ha de considerar que, como alega la recurrente, el requerimiento se ha realizado reproduciendo el apartado tercero de la clausula 23 del PCAP, sin especificar aquellos aspectos o parámetros concretos que después han sido tenidos en consideración por los distintos informes técnicos.

En definitiva, teniendo en cuenta lo alegado en el recurso, los términos genéricos del requerimiento de justificación de la viabilidad y el principio de proporcionalidad, dada la envergadura y complejidad técnica del análisis de la viabilidad y teniendo presente el debate suscitado en el seno de la mesa de contratación por la falta de carácter concluyente de los informes técnicos solicitados, que advirtieron algunos de los miembros de aquella, este Tribunal estima que, con carácter previo a su rechazo se le debería haber concedido a la ahora recurrente la oportunidad de formular aclaraciones sobre los aspectos concretos indicados en los informes técnicos como relevantes para determinar la viabilidad, al considerarlos el órgano de contratación determinantes y no haberlo solicitado de manera expresa en el requerimiento, sin que dichas aclaraciones, bajo ningún concepto, puedan suponer una modificación de la oferta.

Pues bien, la estimación del anterior motivo conlleva la estimación de la pretensión principal relativa a la anulación del acuerdo de exclusión de la oferta, que arrostra la nulidad del acuerdo de adjudicación y la retroacción de actuaciones para que se proceda por el órgano de contratación a dar cumplimiento a lo establecido en el presente fundamento, formulando un nuevo requerimiento para solicitar las aclaraciones, tras lo cual el órgano de contratación deberá aceptar o rechazar la oferta, previo asesoramiento del servicio correspondiente, y la continuación, en su caso, del procedimiento de adjudicación.

2. No obstante lo anterior, procede analizar el segundo motivo en el que se denuncia la nulidad del acuerdo de fecha 29 de marzo de 2022 por la arbitrariedad de la decisión fundamentada en informes no concluyentes y determinantes sobre la inviabilidad de la oferta de ACCIONA.

Procede invocar la doctrina de este Tribunal, por todas en las Resoluciones 90/2019, de 21 de marzo y 342/2021, de 23 de septiembre, y de los restantes Órganos de resolución de recursos contractuales, que respecto a la

determinación de si una oferta, incursa inicialmente en baja anormal o desproporcionada, justifica o no su viabilidad, mantienen que rige el principio de discrecionalidad técnica, según el cual la actuación administrativa está revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, y que sólo puede ser desvirtuada si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega.

La mencionada Resolución 90/2019, de 21 de marzo, de este Tribunal, fue recurrida ante la jurisdicción contencioso administrativa, recurso 379/2019, que fue desestimado mediante Sentencia de 3 de marzo de 2021 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, que señala en lo que aquí interesa en su fundamento quinto lo siguiente: *«Los órganos de contratación gozan de discrecionalidad técnica para valorar si la oferta es anormalmente baja, que encuentra su fundamento en la presumible imparcialidad del órgano de contratación, especialización de sus conocimientos, e intervención directa en el procedimiento de selección, de forma que solamente en los supuestos en que sea evidente la existencia de error en la valoración efectuada por el órgano de contratación es posible sustituir la decisión adoptada. En el caso de autos, la decisión se ve amparada por un informe efectuado por órgano técnico extenso y motivado que analiza los aspectos de la oferta de la recurrente y la justificación dada por la misma respecto de la corrección de la oferta y la posibilidad de correcta ejecución del contrato. (...) En definitiva, el Órgano de Contratación a través del informe técnico ha motivado ampliamente las razones por las que no se entiende justificada la oferta, siendo esta desproporcionada o anormalmente baja en atención al criterio establecido en la Ley de Contratos y el Pliego.»*.

En el supuesto que se examina, la recurrente denuncia la arbitrariedad de la mesa de contratación al considerar que los informes técnicos sobre los que se sustentó la decisión de la mesa no eran determinantes y eran no concluyentes respecto de la viabilidad de la oferta.

Es cierto que tanto el informe técnico como el económico emitidos por los técnicos para valorar la viabilidad de la oferta, y obrantes en el expediente administrativo, son prolijos y analizan la oferta presentada desde los distintos ítems o parámetros que en ellos se indican. Pero también lo es que no contienen en sentido estricto un pronunciamiento determinante que permita concluir en la inviabilidad de la oferta, pese a que muchos aspectos estaban concretados y permitían inferir aquella. Así se puede extraer del debate reflejado en el acta de la sesión de la mesa de contratación a que anteriormente nos hemos referido.

El déficit claramente tiene su origen en el deficiente contenido del requerimiento efectuado sobre los parámetros a analizar que arrostra la consecuencia de impedir a la recurrente conocer de antemano aquellos parámetros sobre los que iba a versar la valoración de su oferta más allá de los establecidos en la clausula 23 del PCAP y hace incurrir a la Administración en un exceso de discrecionalidad técnica, a juicio de este Tribunal.

Así, por ejemplo, el informe técnico indica una serie de aspectos relevantes (páginas 65 y ss) respecto de determinadas partidas como las relativas al abastecimiento (mantenimiento de contadores de agua) abastecimiento (mantenimiento preventivo de obra civil) alcantarillado, depuración, control analítico, administración y varios, entre otros, que no habían sido objeto de concreción a justificar cuando se efectuó el requerimiento.

Por otra parte, la falta de concreción en las conclusiones del informe en alguno de sus apartados puede arrojar sospechas o dudas en cuanto a la consistencia o viabilidad de la oferta. Extraemos, por ejemplo, el siguiente

apartado del referido informe con relación al capítulo de «*INVERSIONES CON CARGO AL CARGO AL CANON ANUAL VARIABLE EN MEJORA DE INFRAESTRUCTURA HIDRÁULICA*»

*«Consideramos que no procede gravar el PEM (coste de las obras para el contratista) con un 7 % en concepto de Redacción de Proyectos, Dirección de obra y Seguridad y Salud, ya que el Concesionario tiene la obligación de asumirlos a su costa, según lo establecido en los pliegos rectores de la licitación, y tomando como referencia el Anteproyecto de las Inversiones iniciales, que debe servir de modelo para la naturaleza de los costes a considerar. Circunstancia que se deberá tener en cuenta en el desarrollo del contrato, en caso de resultar ACCIONA adjudicataria. El importe de estas partidas asciende a la cantidad de 527.970,47 €.* ( el subrayado es nuestro)

El informe económico, por otra parte, en el apartado de conclusiones indica lo siguiente:

*«10.- Conclusiones.*
*Dejando a salvo mejor criterio técnico para valorar el acierto de la estructura de costes operativos, después de la importante rebaja presentada, opinamos lo siguiente:*

*1. En cuanto a la aplicación de una rebaja tan importante de costes alegando sinergias y economías de escala, no la debemos considerar exclusivos para Acciona, sobre el resto de ofertas. Económicamente, no podemos negar que, una disminución de costes tal y como expone Acciona, mejorará la rentabilidad del proyecto, pero corresponden a los técnicos competentes en esta materia, determinar si la reducción significativa de costes, influirá negativamente en la calidad de la prestación del servicio del ciclo integral del agua en Pozoblanco, así como que sean suficientes para el mantenimiento y conservación de las instalaciones técnicas, sin tener que acudir a aumentos de tarifa, fuera de los previstos.*

*2. Diferencias entre la inversión planeada y la recuperación prevista.*

*3. En cuanto a la rentabilidad, medida en términos de CF, VAN y TIR, aparte de la discusión sobre los parámetros empleados (WACC) nos ofrece una rentabilidad tan justa, que una desviación leve en la estructura de costes y en consecuencia en los pagos, podría comprometer la viabilidad del proyecto, necesitando mayor aporte de capital o aumentar los ingresos por prestación de servicio (aumento de tasas).*

*4. Existen diferencias entre la planificación económico-financiera presentada en la oferta, como la trasladada en el informe justificativo de presunción de anormalidad, objeto de este estudio, con posibilidad de que los dividendos a repartir sean superiores a los beneficios obtenidos después de impuestos.*

*5. Por último recalculo en cifras absolutas en euros, del Canon Variable y Canon de Mejora ofertados por Acciona Agua y Servicios, S.L.*

*No obstante, lo aquí manifestado es nuestra mejor opinión técnica, haciendo constar el poco tiempo disponible para realizar este informe y será la Mesa de Contratación, quien debe determinar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que han de regir la contratación en régimen de concesión del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado y depuración, del municipio de Pozoblanco (Córdoba)»*

La exigencia de motivación en los supuestos de rechazo de una oferta incursa en baja anormal, pese a ser la oferta económicamente más ventajosa para la Administración exige de un plus de motivación, y requiere alejar todo atisbo de motivación dubitativa o no concluyente, como en el supuesto que nos ocupa, fundamentada en

informes que no son lo suficientemente determinantes de la conclusión alcanzada o, al menos, suscitan dudas al respecto.

Asimismo, la motivación de la decisión de la mesa basada en las conclusiones del arquitecto municipal se fundamentan en aspectos que no fueron específicamente concretados en el requerimiento efectuado.

Procede por tanto, la estimación de este motivo.

El recurso ha de ser estimado parcialmente, respecto de la pretensión principal pero no accediendo a la pretensión subsidiaria por cuanto la función revisora de este Tribunal no puede suplir la función de valoración de la justificación de la oferta que compete únicamente al órgano de contratación.

**SÉPTIMO. Efectos de la estimación del primer y segundo motivo del recurso.**

La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en el fundamento de derecho sexto de la presente resolución, debe llevarse a cabo anulando la resolución del órgano de contratación de fecha 29 de marzo de 2022, y, por ende, la de la resolución de adjudicación de fecha 5 de mayo de 2022, con retroacción de las actuaciones al momento previo al dictado de aquella, para que se proceda por la mesa de contratación a solicitar aclaraciones sobre todos aquellos aspectos y extremos que en los informes técnicos se han considerado relevantes para considerar la inviabilidad de la oferta, sin que sea posible añadir nuevos extremos no recogidos en la misma, ni modificar la oferta, y solicitar a dicha entidad en caso de que sea necesario, cuanta información y documentación complementaria considere precisa.

Así las cosas, la estimación del segundo motivo impide a este Tribunal analizar en este acto el resto de alegaciones del recurso, pues la ejecución de la presente resolución puede suponer una nueva aceptación o el rechazo de la oferta ahora excluida, lo que permitirá verificar en su caso lo denunciado por la entidad recurrente en el cuarto motivo, en el que desarrolla la justificación y explicación de la viabilidad económica de su oferta que circunscribe, en primer lugar, al riesgo operacional (v.g. Resoluciones, 231/2018, de 30 de julio, 99/2019, de 4 de abril y 323/2019, de 10 de octubre, de este Tribunal y, en sentido similar, Resolución 883/2018, 5 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

En este sentido, dada las funciones exclusivamente revisoras de los actos emanados de los poderes adjudicadores que competen a este Tribunal, no le es posible declarar la suficiencia de la justificación de la oferta de la entidad recurrente y la adjudicación a la misma por ser la mejor oferta en relación calidad-precio, siendo esta una función que únicamente compete al órgano de contratación, ex artículo 149 de la LCSP.

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

**ACUERDA**

**PRIMERO**. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ACCIONA AGUA Y SERVICIOS, S.L** contra el acuerdo de fecha 29 de marzo de 2022 por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Concesión del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable, servicio de gestión de alcantarillado y depuración o tratamiento de aguas residuales del municipio de Pozoblanco” (Expediente GEX-1881/2019) convocado por el Ayuntamiento de

Pozoblanco (Córdoba) , y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

**SEGUNDO**. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

**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