Recurso 70/2023
Resolución 102/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 17 de febrero de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ACCIONA AGUA Y SERVICIOS S.L.U.** contra el acuerdo de 11 de enero de 2023 del órgano de contratación 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.

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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

El Pleno del Ayuntamiento de Pozoblanco, como órgano de contratación, mediante acuerdo de 29 de marzo de 2022 excluye la oferta de la entidad ACCIONA AGUA Y SERVICIOS S.L.U. (en adelante la recurrente) por no acreditar la viabilidad de su oferta inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada. Contra dicho acuerdo la mencionada entidad recurrente interpuso recurso especial en materia de contratación que fue tramitado con el número 177/2022. El citado recurso fue estimado parcialmente por este Tribunal mediante Resolución 345/2022, de 27 de junio.

Posteriormente, tras la tramitación correspondiente, en lo que aquí interesa mediante acuerdo de 11 de enero de 2023 el órgano de contratación vuelve a excluir la proposición de la entidad ahora recurrente, inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada, por no justificar su viabilidad.

SEGUNDO. El 2 de febrero de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ahora recurrente, contra el citado acuerdo de 11 de enero de 2023 en el que se contiene la exclusión de su oferta.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, dicho día 2 de febrero de 2023 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 el día 6 de febrero de 2023.

El 7 de febrero de 2023, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por la entidades HIDRALIA GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE ANDALUCÍA, S.A. (en adelante la adjudicataria) y FCC AQUALIA, S.A. (en adelante la entidad interesada).

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.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de la oferta en un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a tres millones 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.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, la exclusión fue adoptada por el órgano de contratación el 11 de enero de 2023 y publicada en el perfil de contratante el 13 de enero de 2023, por lo que aun computando desde dicha fecha de publicación, el recurso presentado el 2 de febrero de 2023 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. De las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación en ejecución de la Resolución 345/2022, de 27 de junio, de este Tribunal.

En lo que aquí concierne, la entidad ahora recurrente fue requerida para que en un plazo de cinco días hábiles:

«aclare, de forma concreta y específica, sin añadir nuevos extremos no recogidos en la misma, ni modificar su oferta, los siguientes aspectos y extremos que en los informes técnicos se han considerado relevantes para considerar la inviabilidad de la oferta:

Se deberá aportar por el licitador aclaración técnica y económica a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día. La aclaración deberá versar, como mínimo, sobre aquellos aspectos relevantes de los informes técnicos antes citados y que los informes clasifican como Riesgos operacionales, Partidas no justificadas de manera suficiente, Partidas que se considera no ha sido dotada suficientemente, o incumplimientos de los pliegos de condiciones que rigen el procedimiento y que se relacionan a continuación .

Y en concreto, conforme a los aspectos incluidos en la siguiente relación, con arreglo a lo determinado en los informes técnicos y contables, emitidos por D. (…) [L.L.] y Surgestión, a solicitud de la mesa, para estudio de la justificación de la baja desproporcionada o anormal de la empresa.

La relación no pretende ser limitativa, por lo que la aclaración se extenderá a todos aquellos aspectos que, aún sin estar entre los apartados siguientes, pudieran tener relevancia en la viabilidad del proyecto y que fueron destacados en los informes técnicos indicados anteriormente obrantes en el expediente.

SERVICIO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE.
1.1 Coste mantenimiento de redes de agua potable.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
1.2 Coste mantenimiento de acometidas.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
1.3 Coste mantenimiento de contadores de agua.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
- Objetivos generales y específicos, ajustada al parque existente.
1.4 Coste mantenimiento de obra civil de todo el sistema que compone el servicio de abastecimiento de agua potable.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
- Costes asociados, programas mantenimiento, etc.
1.5 Coste búsqueda de fugas y reparaciones.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
- Desgloses y costes.
1.6 Coste mantenimiento de equipos electromecánicos y centros de transformación.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.

2. SERVICIO DE ALCANTARILLADO.

2.1 Coste mantenimiento de redes.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
2.2 Coste mantenimiento de acometidas.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.

3. SERVICIO DE DEPURACIÓN.
3.1 Coste mantenimiento de obra civil.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
- Reparaciones, planes de mantenimiento, etc.
3.2 Coste mantenimiento de equipos electromecánicos y seguridad.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.

4. OTROS COSTES DE SERVICIOS A JUSTIFICAR.
4.1 Coste control analítico de agua potable.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
4.2 Coste control analítico EDAR y control de vertidos.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
4.3 Canon de control de vertidos de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
- Coste y justificación según pliego.
4.4 Coste gestión de clientes.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
4.5 Coste vehículos y combustible.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
- Costes y estructura según E.E.F y otros.
4.6 Costes de informática y comunicaciones.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
4.7 Costes de arrendamientos comprometidos en planes y documentos de la oferta.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
4.8 Costes de suministros a la infraestructura e inmuebles.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
4.9 Coste material de oficina.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.

4.10 Coste limpieza y seguridad.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
4.11 Costes de seguros y siniestros.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
- Seguros y la previsión razonada de los costes de los siniestros.
4.12 Costes publicidad y propaganda.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
4.13 Costes de prevención de riesgos laborales y seguridad laboral.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
4.14 Coste de energía eléctrica en los servicios de agua potable, alcantarillado y depuración.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
4.15 Costes de reactivos y gestión de residuos EDAR.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
- Costes reactivos, tratamiento de agua del servicio de abastecimiento, deshidratación de fangos.
4.16 Cálculo canon variable.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
- Cálculo conforme a lo dispuesto en los pliegos y la estructura de costes reflejados en la oferta.
4.17 Cálculo canon anual variable de mejora de infraestructuras hidráulicas.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
- Cálculo conforme a lo dispuesto en los pliegos y la estructura de costes reflejadas en la oferta y destacada en el informe técnico de Leoncio Laguna.
4.18 Impuestos.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
4.19 Gastos de primer establecimiento.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
- Maquinaria, y demás compromisos de la oferta.
4.20 Gastos de administración.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
- Gastos de administración sobre el coste del estudio de viabilidad.
4.21 Gastos de mantenimiento.
- Se deberá aportar por el licitador aclaración a cuantos datos y extremos hayan sido aportados en los documentos de su oferta y en la justificación de la temeridad aportada en su día.
- Gastos de mantenimiento sobre el coste del estudio de viabilidad.».

En respuesta, la entidad recurrente presenta un documento justificativo dividido en los apartados: *«1. Introducción; 2. Marco esencial; 3. Principios justificativos; y 4. Aclaración de los aspectos incluidos en la presunción de anormalidad»*. Este último apartado se divide en tantos subpartados como se indican en el requerimiento.

Tras ser convocada al efecto, la mesa de contratación en sesión celebrada el 7 de noviembre de 2022 acuerda:

«Primero.- Tomar conocimiento del contenido del documento "Informe de aclaración de la Justificación de Presunción de Anormalidad presentada el día 22 de marzo de 2022, en el que se clarifican tanto los aspectos solicitados en el citado requerimiento como los necesarios para demostrar y concluir de una manera definitiva la viabilidad económica de (...) [la entidad ahora recurrente] (...).

Segundo.- A la vista de dicho documento, en virtud del artículo 326.5 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público solicitar el asesoramiento de técnicos o expertos independientes con conocimientos acreditados en las materias relacionadas con el objeto del contrato.

Tercero.- Solicitar informe Técnico-Económico a D. (…) [L.L.S.], del Colegio Oficial de Graduados e Ingenieros Técnicos de Ciudad Real, como asesor de la Mesa en la presente licitación, en el que se evalúe el contenido del documento (…) [documento justificativo], presentado por el interesado.

Cuarto.- El contenido de dicho informe debe pronunciares expresamente y de manera concluyente sobre: Calculo de la Tasa interna de rentabilidad. (TIR), Riesgos operacionales, Partidas no justificadas de manera suficiente, Partidas que se considera no ha sido dotada suficientemente, o incumplimientos de los pliegos de condiciones que rigen el procedimiento, y en concreto, sobre los aspectos incluidos en la relación contenida en el oficio de fecha 11/08/2022, en el que se solicitan las aclaraciones a la empresa (…) [recurrente].

Dicho informe deberá establecer la rentabilidad de la propuesta presentada por la empresa, tras la aplicación de los ajustes y correcciones indicados en los informes técnicos y contables presentados a la mesa de contratación, en atención a lo aportado por la empresa en aclaración de fecha 18/08/2022, y determinar en consecuencia la viabilidad de la propuesta económica presentada por (…) [la recurrente] mediante la aplicación de los importes económicos correspondientes en la hoja Excel exigida a todos los licitadores por el PCAP de la licitación, que en su cláusula 19.17 apartado c) establecía que los licitadores deberían presentar un "Estudio económico y financiero de la oferta: Memoria justificativa de la explotación y plan económico y financiero, redactados conforme al guion y contenido mínimo señalado en el Anexo V de los pliegos, que deberá extenderse al horizonte temporal de vigencia del contrato, y que deberá presentarse en soporte informático, entendiéndose como tal hoja de calculo compatible con Excel, sin protección y con visibilidad de las formulas utilizadas en los cálculos".».

A continuación, consta en el expediente informe técnico para asesoramiento a la mesa de contratación sobre las aclaraciones de la documentación justificativa de presunción de anormalidad presentada por la entidad ahora recurrente, suscrito por el mencionado técnico con fecha 29 de noviembre de 2022 del citado colegio profesional.

Asimismo, a petición de la mesa de contratación en sesión celebrada el 12 de diciembre de 2022, consta de fecha 17 de diciembre de 2022 informe técnico para asesoramiento a la mesa de contratación sobre cálculo de tasa interna de retorno, a partir del informe anterior de 29 de noviembre de 2022, realizado por determinada entidad asesora de empresas. Respecto al citado informe constan además aclaraciones al mismo solicitadas por la mesa de contratación.

Acto seguido, la mesa de contratación en sesión celebrada el 21 de diciembre de 2022 adopta el siguiente acuerdo:

«A la vista de las disposiciones normativas y a la vista de los informes técnico y económico, solicitados por la Mesa de Contratación, de los que se destacan las siguientes conclusiones:

- Informe Técnico, de fecha 29 de noviembre de 2022:

1. En el documento AIJP que presenta (…) [la recurrente] no se aportan aclaraciones que permitan modificar la interpretación realizada y recogida en el anterior "INFORME TÉCNICO SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE ANORMALIDAD PRESENTADA POR ACCIONA EN LA LICITACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO Y DEPURACIÓN DEL MUNICIPIO DE POZOBLANCO (CÓRDOBA)", de fecha 20 de julio de 202, redactado por este técnico consultor, salvo en lo relacionado con los gastos de primer establecimiento, por lo que lo hemos tomado de base para la elaboración del presente informe a las aclaraciones presentadas.

2. Nos ratificamos en que se han identificado partidas de costes operativos que consideramos no están dotadas o lo están de manera insuficiente, por importe total de 76.926,79 € en el año 1.
Adicionalmente hemos de reseñar, que en el documento de aclaraciones al Informe de Justificación de la Presunción de Anormalidad (AIJPA) (…) [la recurrente] admite que en la proyección económica y financiera se han consignado, por error, cantidades inferiores a la que correspondería según la oferta, para los conceptos de canon anual variable y canon anual de mejora de infraestructuras hidráulicas por importe agregado de 4.367 € en el año 1. En base a lo anterior, faltarían costes en la oferta de (…) [la recurrente] por importe de 81.293,79 € en el año 1.
También admite (…) [la recurrente] en el documento de AIJPA que en la proyección económica no ha actualizado el coste del canon de vertido en el porcentaje del 1,5% que se establece en el Anexo V del PCAP, sin efecto en el año 1, pero si en los siguientes.
Las citadas cantidades anteriores tenemos que considerarlas significativas, ya que como mostramos en la tabla siguiente, al incorporarse a los costes anuales de la oferta de (…) [la recurrente] la compromete de manera relevante al incurrir en pérdidas, con un beneficio acumulado negativo de -297.000 € a lo largo del contrato y estando en pérdidas prácticamente la totalidad de los años, lo que supone que el contrato tiene una rentabilidad negativa y debería ser considerado inviable económicamente.

3. En cuanto a los costes de primer establecimiento, aunque consideramos que las aclaraciones aportadas por (…) [la recurrente] en el documento AIJPA están justificadas de manera insuficiente y con cierto artificio, tenemos que admitirlas por válidas ante la falta de concreción en la oferta técnica contenida en el sobre Nº 2 sobre los bienes que se adscribirían en exclusiva al contrato y también si estos serían adquiridos nuevos o se van a emplear equipos ya adquiridos por (…) [la recurrente] y prácticamente amortizados, según manifiesta. No teniendo por tanto que consignar importe a amortizar superior en el EEF de la oferta.

4. En relación a las obras a realizar con cargo al canon anual de mejora de infraestructuras hidráulicas, 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 podemos interpretar lo establecido en los pliegos rectores de la licitación.
Admitir considerar la propuesta de (…) [la recurrente] supone una reducción de obra por importe de 527.970,47 € a lo largo de la vida del contrato, en el montante total del fondo para obras.

Esta circunstancia, si finalmente se considera por la Mesa de Contratación que ha sido correctamente interpretada por este técnico consultor y la oferta fuera finalmente admitida por considerar justificada la presunción de anormalidad, debería acordar la Mesa si debe considerarse un incumplimiento de los pliegos rectores de la licitación con relevancia suficiente para excluir la oferta; o por el contrario, subsanable a la hora de formalizar el contrato corrigiendo la oferta, de tal modo que la empresa (…) [la recurrente] asuma la obligación de ejecutar más obra por este importe.

- Informe económico, de fecha 17 de diciembre de 2022, objeto de la aclaración solicitada:

Los resultados calculados, arrojan una TIR antes de impuestos de -0.38 y una TIR después de impuestos de -0.43, lo que supone una disminución respecto de los calculados por (…) [la recurrente] de 4,79 y 3,84 respectivamente.
Todo ello, dejando a salvo, que el cálculo como ya se menciona en las páginas 3 y 4 no se realiza con nuevos pagos, sino según se muestra en la documentación facilitada, con nuevos gastos. También debemos advertir que debido a que los ingresos no sufren modificación, tener en cuenta los pagos, en lugar de los gastos, supondría casi con total seguridad, un peor resultado de la TIR.

Tras el análisis de ambos informes y tras un breve debate sobre los mismos, los miembros de la Mesa proceden a pronunciarse sobre el documento de aclaraciones del informe justificativo de presunción de anormalidad presentado por la (…) [recurrente] en fecha 18/08/2022, resolviendo de forma unánime estimar que, en función de la justificación aportada por la (…) [recurrente] y considerando los informes técnicos solicitados, la oferta NO puede ser cumplida a satisfacción por la (…) [recurrente].».

Por último, el órgano de contratación en acuerdo de 11 de enero de 2023 en lo que aquí ha lugar indica como motivo de exclusión de la entidad ahora recurrente que *«En base a la cláusula 23.3 del PCAP rechazar la oferta de la (…) [recurrente], cuya oferta se encuentra incursa en presunción de anormalidad, y en consecuencia excluir del procedimiento a (…) [la recurrente] puesto que una vez considerada la justificación aportada por la misma, los informes técnicos solicitados y los argumentos y fundamentos recogidos por la Mesa de Contratación en sesión de fecha 21 de diciembre de 2022, NO puede ser cumplida a satisfacción.»*.

SEXTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. 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 11 de enero de 2023 del órgano de contratación por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato citado en el encabezamiento, solicitando a este Tribunal que con estimación del mismo declare su nulidad.

La recurrente inicia su alegaciones haciendo referencia a la doctrina de la discrecionalidad técnica que rige en la determinación de si una oferta, incursa inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad. Asimismo hace referencia y reproduce parte de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2020, recurso 312/2019, afirmando que la jurisprudencia ha distinguido entre el *"núcleo material de la decisión"* y sus "*aledaños"*. En este sentido, indica que la consideración del informe técnico en el que ha basado la mesa de contratación su recomendación incurre en arbitrariedad, dado que la metodología que utiliza desconoce la justificación de la viabilidad presentada por su empresa, invocando de forma parcial e interesada sus conclusiones cuando sirven a su propósito de fundamentar el rechazo de su oferta; prueba de ello es que dicho

informe desconoce enteramente los argumentos formulados en la justificación de su oferta, limitándose a establecer límites inferiores a las partidas de costes, y a concluir (como, por otra parte, no podría ser de otro modo, con tal metodología), que las correspondientes partidas no han sido adecuadamente justificadas.

Acto seguido, la recurrente manifiesta su parecer sobre cual es la finalidad del procedimiento contemplado en el artículo 149 de la LCSP, y que en el presente caso no es posible olvidar que el contrato en el que se desarrolla el procedimiento cuyo acto resolutorio es objeto del presente recurso es una concesión de servicio público, caracterizada, a partir de la LCSP, por la presencia de riesgo operacional.

A continuación, el recurso cuestiona los argumentos esgrimidos respecto de determinados costes operativos en el informe técnico de 29 de noviembre de 2022, suscrito por L.L.S. como asesor técnico de la mesa de contratación, cuyas conclusiones han sido reproducidas anteriormente (en adelante informe de viabilidad). Dichos costes son los siguientes:

a) Sobre los costes de mantenimiento de contadores (apartado 6.1.1.1 del informe de viabilidad). Indica que el defecto de justificación apreciado en el informe de viabilidad afecta a algo menos del 1,5% del parque de contadores, a lo que ha de añadirse el 1% de renovación adicional que supone unos 97 contadores de 13 mm. En este sentido, señala que la finalidad de la justificación no es la de ofrecer al órgano de contratación una pormenorizada cuantificación de los costes exigidos para la ejecución del contrato, sino de ofrecerle argumentos sobre la viabilidad de la oferta. Al respecto, manifiesta que su empresa ha justificado cumplidamente la partida de coste considerada, teniendo en cuenta que la parte no justificada es, como ha podido comprobarse, residual, como por otro lado se concluye del propio informe de viabilidad, que estima el defecto de dotación en 966,00 euros.

b) Sobre el coste de mantenimiento preventivo de la obra civil (apartado 6.1.1.2 del informe de viabilidad). Señala la recurrente que dicho informe de viabilidad parte de la hipótesis de que *"como mínimo se debería considerar como coste en esta partida el 50% de lo previsto en el EEF (…)"*. A su entender, el informe de viabilidad se limita a fijar una cifra, sin motivación que la justifique, en base a la cual evalúa la oferta de su empresa, utilizando una opción metodológica, claramente arbitraria, que la sitúa una evidente indefensión, máxime cuando, en respaldo del precio ofrecido, aporta las facturas que reflejan los costes reales en los que ha incurrido en el mantenimiento preventivo de la obra civil, costes que el informe técnico no considera en absoluto, limitándose a manifestar que su empresa *"ha omitido justificar el importe consignado en su oferta"*, lo que pone de manifiesto, cuanto menos, el verdaderamente superfluo análisis que se ha hecho de la justificación de la viabilidad aportada por su empresa.

c) Sobre los costes de alcantarillado (apartado 6.1.1.3 del informe de viabilidad). Afirma la recurrente que vuelve el informe de viabilidad a incurrir en la arbitrariedad expuesta en el apartado anterior, y es que considera que *"como mínimo se debería considerar como coste de esta partida al 100% de los previsto en el EEF (…)"*, sin que al igual que en el caso anterior consten las razones que lleven a la persona informante a exigir ese importe, y no otro. Asimismo, señala el recurso que en este caso cabe hacer dos consideraciones más en relación con los argumentos vertidos en el informe de viabilidad: i) la utilización de medios propios para la realización de actuaciones requeridas por el contrato no supone que, como dice el informe de viabilidad que "*(…) se deben considerar también los costes repercutidos por el empleo de medios propios no adscritos al servicio, cuando se considera utilizarlos de una manera ordinaria, habitual y recurrente, en un elevado porcentaje de dedicación*", pues la utilización de medios ya amortizados pero todavía dentro de su vida económica (esto es, pueden prestar el servicio para el que se destinan con plena eficacia) no supone un coste para un propietario, esta es a su entender una fuente legítima de ahorro que el informe de viabilidad, una vez más desecha en base al argumento,

recurrente, de que la organización de medios propuesta por su empresa no se ajusta a sus preferencias personales (pues así se deben considerar desde el momento en que sus estimaciones, como se ha dicho, carecen de motivación alguna); y ii) similar conclusión cabe obtener en relación con la imputación de que no se contemplan costes de reparaciones *"(…) que en el caso de averías en redes de alcantarillado son muy costosas"* (aunque no se detiene a cuantificar tal coste ni, por supuesto, a referir tales importes a la red del Ayuntamiento, que es la que va a ser objeto de mantenimiento); en estas condiciones, la afirmación realizada por el informe de viabilidad carece de virtualidad alguna.

d) Sobre los costes de mantenimiento de obra civil y equipos electromecánicos (apartado 6.1.1.4 del informe de viabilidad). Manifiesta la recurrente que vuelve a recurrir el informe de viabilidad a fijar, arbitrariamente, un importe mínimo (el 50% de lo previsto en el EEF) e, inevitablemente, a considerar no justificada la diferencia por su empresa. En este sentido, señala que la documentación acreditativa remitida por su empresa se aportan facturas del año 2019, lo que el informe de viabilidad considera insuficiente porque: i) las obligaciones de la persona concesionaria en materia de mantenimiento, conservación y explotación de la estación depuradora de aguas residuales (EDAR) están expuestas en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) de manera extensa y detallada. Sin embargo, indica la recurrente que aun cuando duda sobre dicha afirmación, no se llega a entender porque la mayor o menor amplitud con la que se definan tales obligaciones motiva el rechazo de la justificación presentada por su empresa, basada en datos reales; y ii) la afirmación del informe de viabilidad de que *"(…) probablemente, el mantenimiento de la instalación en los últimos años no haya sido suficiente"*, dicho sea en términos de estricta defensa, es absolutamente indigna de un informe viabilidad y que, únicamente, se pretende hacer valer como argumento adicional según la técnica, reiteradamente utilizada en dicho informe, de acumular argumentos sin ninguna base fáctica en relación con las justificaciones presentadas pero que, de alguna manera, crean un, por así denominarlo, "ambiente de incumplimiento".

e) Sobre los costes del control analítico de agua potable (apartado 6.1.2 del informe de viabilidad). Indica el recurso que denuncia el informe de viabilidad el que no se hayan considerado los análisis adicionales propuestos en su oferta técnica, cuyo importe asciende a la cantidad de 1.639,35 euros. En este sentido, manifiesta la recurrente que no puede dejar de incidir en la finalidad del procedimiento de justificación, que no es, como se ha dicho, el de detectar faltas menores de justificación, sino concluir la inviabilidad de la oferta, que, de seguro, no se puede colegir de la exigua cantidad señalada.

f) Sobre los costes de vehículos y combustibles (apartado 6.1.3 del informe de viabilidad). Señala la recurrente que se han presupuestado adecuadamente los ofertados, según se recoge en la tabla que se acompaña a la justificación de su oferta (página 66).

g) Sobre los costes de la energía eléctrica (apartado 6.2.1 del informe de viabilidad). Señala la recurrente que vuelve a incurrir el informe de viabilidad en la consideración, inmotivada, de que "*como mínimo se debería considerar como coste en esta partida el 100% de lo previsto en el EEF*", y adicionalmente que "*para una adecuada justificación del importe consignado en esta partida se debería haber aportado un estudio de potencias y consumos en los diferente equipos del EDAR, tanto existente como de la ampliación (…) y no solo una declaración de intención*"; sin embargo señala la recurrente que en el requerimiento de justificación que se le hizo no se realizó mención alguna a esta cuestión, no siendo ocioso recordar, llegados a este punto, que los requerimientos de justificación deben ser específicos, por lo que habiéndose requerido a su empresa el estudio señalado, resulta arbitrario entender no justificada la partida de energía eléctrica porque no ha sido aportado.

h) Sobre los costes de gestión de residuos de depuración (apartado 6.2.2 del informe de viabilidad). Afirma la recurrente que en este apartado se sigue la metodología ya descrita, esto es se fija un importe (en este caso, la

estimación que realiza el informe de viabilidad es con base en "precios de mercado") y se desestima la justificación de su empresa, con el único argumento de que no coincide con tal cifra. Al respecto, señala el recurso que en este supuesto en la justificación se pone de manifiesto tanto que las cifras corresponden a los costes reales incurridos en los ejercicios 2019 y 2020, y que existe un acuerdo marco con una empresa que permite obtener importes favorables en la gestión de fangos y residuos de pretratamiento, consideraciones que no han sido tenidas en cuenta en el informe.

i) Sobre los gastos de primer establecimiento (apartado 7 del informe de viabilidad). Indica la recurrente que el informe de viabilidad aun cuando se demora en detectar inconsistencias entre la oferta presentada y la justificación, no concluye que se incurra en defectos de justificación, por lo que no se entra en consideraciones adicionales.

j) Sobre las inversiones con cargo al canon anual variable en mejora de infraestructura hidráulica (apartado 8 del informe de viabilidad). Manifiesta la recurrente que el informe de viabilidad señala la improcedencia de imputar la redacción de proyectos al canon, ya que *"(…) el concesionario tiene la obligación de asumirlos a su costa, según interpretación que hacemos de lo que se establece en los pliegos rectores de la licitación"*. Sin embargo, entiende la recurrente que las cláusulas de los pliegos invocadas incorporan la obligación de disponer de oficina técnica y de asignar un director de obra a las que se realicen, pero no establece que deban ser soportadas, como coste adicional, por la concesionaria. Asimismo, indica el recurso que es relevante recordar, en este punto, que la oscuridad de los pliegos no puede beneficiar al que la provoca (en este caso, ciertamente, el órgano de contratación).

k) Sobre las omisiones, en todo caso menores, en la justificación presentada por su empresa. Señala la recurrente que ha omitido las siguientes cuestiones en su documentación acreditativa de la viabilidad de su oferta, enfatizando que en todo caso serían ausencias menores: i) en los costes de operación en la reposición de contadores de calibre superior a 15mm y reposición adicional de contadores (1%), se han incrementado en 966 euros al año, pasando de 14.532,00 euros a 15.498,00 euros, proyectando dicho coste a lo largo del periodo concesional e incrementándolo en un 1,5% anual; y en la omisión de la justificación de los costes de la nave almacén, incrementando el coste anual de los arrendamientos en 5.100 euros al año, proyectando dicho coste a lo largo del periodo concesional e incrementándolo en un 1,5% anual; y ii) en la actualización de los cánones, cuyo efecto es el siguiente: en el variable de 5.935.285,00 euros (importe presentado) a 5.995.238,00 euros (importe corregido), en el variable de infraestructuras de 9.478.739,00 euros (importe presentado) a "9.74.474,00" euros (importe corregido) y en el vertido de 523.475,00 euros (importe presentado) a 629.047,00 euros (importe corregido).

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación aporta dos informes al recurso, uno de ellos que denomina informe jurídico y el otro informe técnico. El informe jurídico, contiene alegaciones respecto a la denuncia de la recurrente de arbitrariedad en la redacción del informe de viabilidad y en el informe técnico se incorporan las relativas a los aspectos técnicos.

Respecto a la denuncia de arbitrariedad, el informe jurídico reproduce parte de la Resolución 20/2022, de 14 de enero, de este Tribunal, relativa a la discrecionalidad técnica que rige en la determinación de si una oferta, incursa inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad. Acto seguido, hace referencia a la ejecución por el Ayuntamiento de la citada Resolución 345/2022, para lo que manifiesta que se

solicitó informe a la persona asesora técnica de la mesa de contratación con la finalidad recogida en la sesión de la mesa de contratación de 7 de noviembre de 2022.

A continuación el informe jurídico realiza con cita de los artículos 14.4 y 15 de la LCSP una serie de consideraciones sobre el riesgo operaciones, afirmando tras ello y a modo de conclusión lo siguiente:

«Siendo que el informe técnico de fecha 29 de noviembre de 2022 expone de manera literal "… el contrato tiene una rentabilidad negativa y debería ser considerado inviable económicamente…"; y el económico-financiero de fechas 18 y 19 de diciembre de 2022 "los resultados calculados, arrojan una TIR antes de impuestos de -0.38 y una TIR después de impuestos de -0.43, lo que supone una disminución respecto de los calculados por (…) [la recurrente] de 4.79 y 3.84 respectivamente".

Lo que se tradujo en la conclusión de la Mesa de Contratación de considerar que en base a la cláusula 23.3 del PCAP rechazar la oferta de la (…) [la recurrente], 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 al mencionado licitador, propuesta basada en los argumentos y fundamentos recogidos en el acta la sesión de la Mesa de fecha 21 de diciembre de 2022.».

Por su parte, el denominado informe técnico del órgano de contratación señala una serie de hechos dentro del apartado primero *«antecedentes de hecho».* Acto seguido en el segundo apartado de dicho informe técnico denominado contenido del informe, reproduce parte del apartado 9 del informe de viabilidad de 29 de noviembre de 2022 y del informe económico, de 17 de diciembre de 2022, sobre cálculo de la tasa interna de retorno. Tras lo cual concluye dicho informe técnico del órgano de contratación afirmando lo siguiente:

«Por tanto, tal y como se ha ido destacando en cada uno de los apartados anteriores han quedado constatadas las omisiones, inconcreciones, afecciones y cambios que desde los aspectos técnico, económico y financiero, afectaban considerablemente a la oferta, no quedando justificada la baja anormal o desproporcionada en los documentos presentados a tal efecto, por lo que los miembros de la mesa de contratación concluyeron que la (…) [la recurrente], NO JUSTIFICA la anormalidad en la que ha incurrido su oferta y que por tanto se concluye que el contrato, tiene una rentabilidad negativa y debería ser considerado inviable económicamente.».

3. Alegaciones de la entidades adjudicataria e interesada.

La entidad adjudicataria se opone asimismo a la pretensión de la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del presente procedimiento, y debido a su extensión, aquí se dan por reproducidos. En síntesis basa su oposición al recurso en lo siguientes aspectos: i) indefensión por abuso procesal de la ahora recurrente; ii) inexistencia de arbitrariedad; iii) no se ha acreditado por la recurrente la viabilidad de su oferta incursa en anormalidad; iv) reconocimiento de la entidad ahora recurrente de errores en su oferta; v) la recurrente ha justificado su su oferta con precios unitarios nuevos que reconoce que son distintos a los vigentes cuando presentó la oferta; vi) el informe del asesor técnico de la mesa de contratación pone de manifiesto que el proyecto de la recurrente es inviable desde el punto de visto económico-financiero; y vii) la justificación de la recurrente revela fallos graves en la oferta presentada en su día que la hacen inviable.

Por su parte, la entidad interesada también se opone a la pretensión de la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del presente procedimiento, y debido a su extensión, aquí se dan por reproducidos. En síntesis basa su oposición en determinados argumentos relativos a

los costes operativos, a los cánones y al cálculo de la tasa interna de retorno.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

Previa. Sobre el contenido de los informes del órgano de contratación de alegaciones al recurso.

Como se ha expuesto, el órgano de contratación ha remitido dos informes de alegaciones al recurso, ambos de una extensión considerable, que se han limitado en los dos casos a reproducir en gran medida, en parte o en su totalidad, determinadas actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento de licitación desde la Resolución 345/2022 de este Órgano hasta el acuerdo, de 11 de enero de 2023, del pleno de la Corporación Municipal en el que se contiene la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente.

Sin embargo, sobre el fondo de la cuestión, esto es respecto de los concretos argumentos esgrimidos en el recurso, no se ha aportado por el Ayuntamiento de Pozoblanco información al respecto. Tal ausencia por parte de dicho órgano de contratación de alegación alguna que en cierta forma pudiese desvirtuar las denuncias vertidas en el escrito de recurso, sustrae a este Tribunal en su análisis de los argumentos de oposición al recurso, más allá de los contenidos en el procedimiento de licitación (v.g. Resoluciones 211/2021, de 27 de mayo, 537/2021, de 10 de diciembre y 465/2022, de 22 de septiembre, de este Tribunal, entre otras muchas).

Primera. Sobre el principio de discrecionalidad técnica que rige en la determinación de si una oferta, incursa inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad.

Con carácter previo al análisis de los motivos en los que se funda el recurso, ha de tenerse en cuenta que de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, en la que cabe mencionar entre otras muchas la Resolución 90/2019, de 21 de marzo, y de los restantes Órganos de resolución de recursos contractuales, en la determinación de si una oferta, incursa inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad, rige el principio de discrecionalidad técnica, según el cual la actuación administrativa esta 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.

Dicha 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 este mismo sentido, cabe destacar las Resoluciones de este Tribunal 330/2021, de 16 de septiembre, 379/2021, de 8 octubre, 26/2022, de 21 enero, y 314/2022, de 10 de junio, entre otras.

En el supuesto que se examina, de lo expuesto se infiere que la recurrente no cuestiona el procedimiento contradictorio seguido para la justificación de la proposición de su oferta, ni que se haya cometido desviación de poder, lo que plantea, por un lado, es que en determinadas cuestiones el informe de viabilidad adolece arbitrariedad al entender que no motiva ciertas decisiones que adopta y, por otro lado, discute algunas consideraciones llevadas a cabo en el citado informe de viabilidad en las que a su juicio se basa el mismo para afirmar que no se justifica la anormalidad de su oferta, pues entiende que dichos motivos no son adecuados.

Segunda. Sobre la arbitrariedad en el informe de viabilidad.

Como se ha reproducido anteriormente, la recurrente afirma que la metodología que utiliza el informe de viabilidad desconoce la documentación aportada por su empresa para la justificación de su oferta, dado que invoca de forma parcial e interesada sus conclusiones cuando sirven a su propósito de fundamentar el rechazo de su proposición; prueba de ello es que dicho informe desconoce enteramente los argumentos formulados en la justificación de su oferta, limitándose a establecer límites inferiores a las partidas de costes, y a concluir que las correspondientes partidas no han sido adecuadamente justificadas.

En concreto, señala que en los costes de mantenimiento preventivo de la obra civil, de alcantarillado, de mantenimiento de obra civil y equipos electromecánicos y de energía eléctrica (respectivamente apartados del informe de viabilidad 6.1.1.2, 6.1.1.3, 6.1.1.4 y 6.2.1), el informe de viabilidad se limita a fijar una cifra, sin motivación que la justifique, en base a la cual evalúa la oferta de su empresa, utilizando una opción metodológica, claramente arbitraria, que la sitúa una evidente indefensión. En este sentido, dichos límites se sitúan en el 100% de la partida recogida en el estudio económico financiero previsto en el anexo V del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), como ocurre en los costes de alcantarillado y de energía eléctrica. En otros casos, como en los costes de mantenimiento preventivo de la obra civil y mantenimiento de obra civil y equipos electromecánicos, el límite se sitúa en el 50% de la partida recogida en el estudio económico financiero previsto en el anexo V del PCAP.

Pues bien, no comparte este Tribunal el argumento de la recurrente de que dichos limites carecen de motivación, pues la misma descansa en el juicio técnico del órgano evaluador, que como asesor técnico de la mesa de contratación entiende que las actuaciones que han de realizarse con dichas partidas precisan, desde su conocimiento y experiencia, de esa dotación económica mínima, ello sin perjuicio de que la viabilidad de una oferta inicialmente incursa en baja anormal haya de efectuarse en su conjunto.

Lo dicho en el párrafo anterior es asimismo trasladable a la denuncia de la recurrente respecto de los costes de gestión de residuos de depuración, en los que el límite se estima con base en precios de mercado.

Tercera. Sobre el resto de cuestiones planteadas en el recurso.

Respecto a los costes de mantenimiento de contadores, de control analítico de agua potable y de la omisión de la justificación de los costes de la nave almacén, afirma la recurrente en términos generales que la parte no justificada de dichas partidas es residual, tratándose en todo caso de omisiones menores.

Si bien es cierto que se trata de omisiones menores, incluso en algún caso residual, no es menos cierto que el cúmulo de ellas es lo que ha provocado, en parte, el que el informe de viabilidad entienda que la oferta no está justificada.

Asimismo, en cuanto a la actualización de los cánones, ha de ponerse de manifiesto como la propia recurrente indica en su escrito de recurso la existencia de un desfase en los cánones, de los presentados en su oferta con los corregidos (como los denomina la propia recurrente). Dicho desfase, conforme a los datos aportados en el recuso se sitúa en torno a los 427.260 euros, lo que viene a sumarse al resto de omisiones.

En este sentido, como se ha expuesto la viabilidad de la oferta ha de analizarse en su conjunto, como además se realiza en el supuesto que se examina.

En cuanto a los costes de alcantarillado, en la documentación aclaratoria de la justificación de su oferta la entidad ahora recurrente indica que el 87,75% de los costes de mantenimiento de la red de saneamiento se ha previsto que se realizará mediante medios propios sin coste para el servicio, disponiendo además de dichos medios propios de un camión y de un pequeño equipo de limpieza sobre remolque equipado con un hidro limpiador para los imbornales, dichos vehículos afirma que forman parte de su flota para las labores de inspección y limpieza y que gracias a ellos se prescinde de la subcontratación de estos servicios y se ha podido proponer el coste de mantenimiento ofertado. Sobre ello, como expone la recurrente, el informe de viabilidad señala que se deben considerar también los costes repercutidos por el empleo de medios propios no adscritos al servicio, cuando se considera utilizarlos de una manera ordinaria, habitual y recurrente, en un elevado porcentaje de dedicación, cuestión que denuncia la recurrente en el recurso al manifestar que la *«utilización de medios ya amortizados pero todavía dentro de su vida económica (esto es, pueden prestar el servicio para el que se destinan con plena eficacia) no supone un coste para el propietario. Esta es una fuente legítima de ahorro»*.

Pues bien, al respecto, lo primero que ha de aclararse es que el informe de viabilidad claramente no se refiere a la amortización de los medios propios, como podrían ser el camión y el equipo de limpieza, sino a la afirmación de la recurrente de que el 87,75% de los costes de mantenimiento de la red de saneamiento se ha previsto que se realizará mediante medios propios sin coste para el servicio, dado que los costes de dicho mantenimiento no solo lo forman las eventuales amortizaciones, sino también los costes de reparaciones como señala el informe de viabilidad y fundamentalmente los costes laborales.

Sobre ello, este Tribunal ha venido manifestando que no es posible admitir el argumento de que determinadas actuaciones a realizar en la ejecución como en este caso el 87,75% de los gastos de mantenimiento de la red de saneamiento son a coste cero o sin costes, salvo que se acredite que el mismo se encuentra subsumido dentro de la oferta global o de los gastos generales o del beneficio industrial, circunstancias que no concurren en el supuesto que se examina (v.g. Resoluciones de este Tribunal 159/2020, 160/2020 y 161/2020, de 1 de junio, 320/2021, de 10 de septiembre, 428/2021, de 5 de noviembre, 133/2022, de 18 de febrero y 547/2022, de 2 de diciembre, entre otras, así como las números 25/2018, de 17 de enero y 403/2018, 19 de diciembre, entre otras, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y el Acuerdo 8/2018, de 15 de mayo, del Tribunal Administrativo del Cabildo de Gran Canaria sobre Contratos Públicos), no siendo por tanto posible en este caso dar la razón a la entidad ahora recurrente.

En relación con los costes de mantenimiento de obra civil y equipos electromecánicos, la recurrente ante la indicación del informe de viabilidad de que considera insuficiente la partida propuesta en su oferta, porque las obligaciones de la persona concesionaria en materia de mantenimiento, conservación y explotación de la EDAR están expuestas en el PPT de manera extensa y detallada, afirma que no se llega a entender porque la mayor o menor amplitud con la que se definan tales obligaciones motiva el rechazo de la justificación presentada por su empresa, basada en datos reales del año 2019.

Al respecto, lo que el informe de viabilidad afirma es que *«En el PPT podemos observar como la relación de obligaciones del concesionario para el mantenimiento, conservación y explotación de la EDAR es muy extensa y detallada, conteniendo incluso obligaciones, como las que figuran en los epígrafes f y g (mantener en perfecto estado todos los elementos y asumir el coste de aquellos elementos que debiera sustituir o reponer por deterioro o final de vida útil a lo largo de la duración del contrato) que deben tener una suficiente dotación de gasto en la partida de costes correspondiente, tanto para la EDAR actual como para la ampliación; y sin embargo, se reduce de manera muy sensible el gasto estimado por el licitador en su oferta frente al considerado en el Anexo V Estudio Económico-financiero del Servicio, justificándolo exclusivamente por el importe de los costes que actualmente tienen por ser los explotadores»*, obligaciones que este Tribunal ha podido constatar en el PPT y que el informe de viabilidad entiende que no sería posible cumplirlas con la partida propuesta por la entidad ahora recurrente.

Asimismo, en relación con los costes de mantenimiento de obra civil y equipos electromecánicos, ante la afirmación del informe de viabilidad de que *«probablemente, el mantenimiento de la instalación en los últimos años no haya sido suficiente»*, la recurrente como anterior concesionaria desde 2006 (página 12 del documento de aclaraciones de la recurrente sobre la justificación de su oferta) manifiesta que dicha afirmación es indigna y lo que pretende es crear un ambiente de incumplimiento. Sin embargo, tal afirmación vertida en el informe de viabilidad no es gratuita y está basada en datos objetivos, como se pone de manifiesto en dicho informe cuando indica lo siguiente:

«También debemos hacer constar, que probablemente el mantenimiento de la instalación en los últimos años de contrato no haya sido suficiente, como podríamos deducir del informe de la Auditoría de la EDAR elaborado por la consultora GIS Ingeniería Civil, S.L., que se adjunta como Anejo Nº 1 del "PROYECTO DE EJECUCIÓN DE ACTUACIONES NECESARIAS PARA LA PUESTA A PUNTO DEL PROCESO DE DEPURACIÓN DE LA E.D.A.R. DE POZOBLANCO (CÓRDOBA)", redactado en abril de 2017, que se ajunta como parte del ANEXO IV "ANTEPROYECTO DE LAS INVERSIONES INICIALES". En el Apd. "5. Descripción de las actuaciones a realizar" del referido proyecto, se manifiesta que: "Existen una serie de actuaciones que si bien se contemplan en las tablas de la auditoría, no se incluyen en el presente proyecto. El motivo es que son actuaciones achacables exclusivamente a falta de mantenimiento y que no afectan al funcionamiento adecuado del proceso de depuración como pueden ser sustitución de tapas de arquetas, valvulería y tuberías que no están en óptimas condiciones de funcionamiento, etc.».

Sobre los costes de vehículos y combustibles, la recurrente señala que se han presupuestado adecuadamente los ofertados. Sin embargo, el informe de viabilidad considera que dicha partida no ha sido dotada suficientemente, estimando que existe un desfase de 6.000,00 euros, esto es 500,00 euros al mes por 12 meses. En este sentido, el informe de viabilidad indica que la recurrente en la justificación de la anormalidad ha omitido adscribir al servicio el furgón con caja abierta, por lo que no ha considerado sus costes (renting y combustible), vehículo que se considera necesario para desarrollar convenientemente la prestación del servicio conforme a la oferta presentada, tanto por sus prestaciones, como para permitir la adecuada movilidad del personal; también se han omitido los gastos de combustible, seguro y mantenimiento del "Dúmper" que el "Apd. 1.b.2 Vehículos y

maquinaria, del Sobre Nº 2 de la Oferta", indicaba que se dispondría de él en régimen de propiedad, y sin embargo, en la justificación de la presunción de anormalidad se indica que será alquilado con un coste de 675,00 euros al año.

Respecto a los costes de la energía eléctrica, afirma la recurrente que en el requerimiento de justificación que se le hizo no se realizó mención alguna a la necesidad de aportar un estudio de potencias y consumos en los diferentes equipos de la EDAR, tanto existentes como de la ampliación. En este sentido, ha de darse la razón a la recurrente pues de entender el órgano de contratación la necesidad de aportar dicho estudio, debió de haberlo requerido previamente o solicitar su aportación posterior. Sin embargo, la no aportación del citado estudio de potencias y consumos en nada ha incidido en el rechazo de la oferta, dado que el informe de viabilidad en donde más incide en este apartado es en que la entidad ahora recurrente ha consignado como término variable en la EDAR, la cantidad de 37.527 euros manifestando que lo hace con base en facturas actuales, sin tener en cuenta el consumo de los equipos de la ampliación de la EDAR, que la propia empresa manifiesta en su sobre 3, en el que indica que para el coste de energía cuenta con precios muy ventajosos por acceder a los precios de energía de su grupo de empresas, además para la EDAR y el resto de equipos se ha hecho un estudio de balances para la optimización de los procesos de la energía según un "mix" de franjas horarias de uso, que le ayuda a la reducción del coste.

En cuanto a los costes de gestión de residuos de depuración, además de lo expuesto anteriormente en el presente fundamento es necesario indicar la incoherencia puesta de manifiesto en el informe de viabilidad, que señala que no resulta coherente el importe consignado con el volumen de residuos que la empresa manifiesta que se generarán en la EDAR, según se expone en el "Apd. 2.G.1 Plan de Gestión y explotación de la EDAR, contenido en el Sobre Nº 2 de la Oferta", donde se afirma que los cálculos prevén la producción de 38,6 Tn de arenas, 14 Tn de desbaste y 1.302 Tn de fangos, siendo éstos últimos los únicos con destino agrícola, mientras que las arenas y productos de desbaste irán a vertedero, lo que a juicio del informe de viabilidad supone que los precios que la entidad ahora recurrente aporta en la justificación de su oferta para la retirada de residuos deberían ser sensiblemente superiores al consignado.

Por último, sobre las inversiones con cargo al canon anual variable en mejora de infraestructura hidráulica, la controversia se centra en dilucidar si como indica el informe de viabilidad es improcedente imputar los costes de la redacción de proyectos al canon, ya que la persona concesionaria tiene la obligación de asumirlos a su costa, según interpretación que hace dicho informe de lo que se establece en los pliegos, o si como afirma la recurrente las cláusulas de los pliegos invocadas incorporan la obligación de disponer de oficina técnica y de asignar un director de obra a las que se realicen, pero no establece que deban ser soportadas, como coste adicional, por la concesionaria.

Pues bien, para su análisis, al igual que se hace en el informe de viabilidad es preciso reproducir algunas de las cláusulas pliegos.

Así, en cuanto a la creación de un fondo para ejecución de obras, señala la cláusula 38.3 del PCAP lo siguiente:

«El Canon Variable de Mejora de Infraestructuras Hidráulicas se conformará como un fondo para la realización, por parte del adjudicatario, de inversiones en rehabilitación, renovación y mejora de las infraestructuras del servicio de abastecimiento, alcantarillado y depuración.

tas inversiones deberán ser ejecutadas por el propio concesionario, previa presentación del correspondiente proyecto para su aprobación por parte del Ayuntamiento. Si dentro de un ejercicio no se ejecutaran obras por el importe del fondo correspondiente a ese año, se irán acumulando para su realización en los años posteriores.
Para un mayor control de este fondo, se realizarán liquidaciones parciales cada 5 años y del monto existente se decidirá por parte del Ayuntamiento su destino. Si al finalizar el plazo del contrato, hubiese algún importe pendiente de ejecutar, este pasaría a ser parte de la liquidación.».

Sobre la disposición de oficina técnica para la redacción de los proyectos, el primer párrafo de la cláusula 15 del PPT indica que:

«El Concesionario dispondrá de una oficina técnica para la redacción de proyectos técnicos y estudios de viabilidad técnica, para el mantenimiento de los planos de la red de abastecimiento y saneamiento, la programación de la ampliación de las diferentes instalaciones del servicio en función de las necesidades de ampliación, la supervisión de la realización de las obras y la comprobación de la ejecución, con sujeción a los proyectos técnicos redactados por el Concesionario o todos aquellos que el Ayuntamiento acuerde.».

Respecto a la dirección de obra, existe también una referencia explícita en el primer párrafo de la cláusula 26.4 del PPT (por error en el informe de viabilidad se consigna PCAP) cuyo tenor es:

«La dirección facultativa corresponderá a los técnicos que designe el Concesionario, que podrán ser de su propia plantilla de titulados técnicos o contratados a cuenta y riesgo del Concesionario.».

Por último, en cuanto al nombramiento del coordinador de seguridad y salud en fase de ejecución, considera el informe de viabilidad que será potestad del Ayuntamiento, como promotor de las obras, quien determine en quien recaerá este nombramiento y si procede que tenga coste adicional.

Queda claro de las cláusulas reproducidas que asiste la razón al informe de viabilidad, cuando afirma que no procede gravar el presupuesto de ejecución material con un 7 % en concepto de redacción de proyectos, dirección de obra y seguridad y salud, sin sea posible entender como pretende la recurrente la existencia de oscuridad en los pliegos.

En consecuencia, a la vista de los argumentos expuestos por las partes, la justificación de la anormalidad de la oferta de la entidad ahora recurrente, incluidas las aclaraciones, los dos informes técnicos de viabilidad emitidos por el asesor técnico de la mesa de contratación, y lo analizado a lo largo de la presente resolución, a juicio de este Tribunal, las alegaciones de la recurrente en contra del rechazo de su oferta, incursa inicialmente en baja anormal o desproporcionada, constituyen una valoración paralela y alternativa a la realizada por el órgano evaluador que se mueve, como señala la jurisprudencia, dentro del principio de libre apreciación, pero que, como se ha indicado, no puede prevalecer sobre el criterio de un órgano técnico especializado, al que se presume imparcial y cuyas apreciaciones se hallan amparadas en el supuesto analizado por la doctrina de la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores, que debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación, circunstancias que no concurren en el presente supuesto.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos 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 **ACCIONA AGUA Y SERVICIOS S.L.U.** contra el acuerdo de 11 de enero de 2023 del órgano de contratación 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).

SEGUNDO. 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.