



Recurso nº 956/2015 C.A. Galicia 130/2015

Resolución nº 949/2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 9 de octubre de 2015

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.B., en nombre y representación de VIAQUA, GESTIÓN INTERAL DE AGUAS DE GALICIA, SAU, en adelante VIAQUA, contra el acuerdo por el que se adjudica el *“contrato de concesión administrativa para la Explotación del Ciclo Integral del agua, del Ayuntamiento de Baiona”* a la empresa GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A. (en adelante GESTAGUA); el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Pleno del Ayuntamiento de Baiona convocó mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de Galicia (DOG núm. 194, de 10 de octubre de 2014) y en el Boletín Oficial de la Provincia de Pontevedra núm. 200, de 16 de octubre de 2014, licitación para adjudicar por el procedimiento abierto, el contrato de concesión administrativa para la Explotación del Ciclo Integral del agua. El valor estimado del contrato se fijó en 42.656.641,04 €. A la licitación presentaron oferta, entre otros, la recurrente, VIAQUA, la empresa que ha resultado adjudicataria, GESTAGUA, y las empresas ESPINA Y DELFIN, S.L., FCC-AQUALIA GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA, S.A. y la UTE ACCIONA AGUA SERVICIOS S.L.U.-ESPINA OBRAS HIDRÁULICAS.

Segundo. Seguido el procedimiento por sus trámites, el órgano de contratación, de acuerdo con la propuesta de la Mesa, acordó el 14 de abril de 2015 adjudicar el contrato a la empresa ESPINA Y DELFIN, S.L., por ser su oferta la más valorada de las presentadas por los licitadores, con 65,81 puntos. GESTAGUA, obtuvo una valoración de su oferta de 64,04 puntos, quedando en segundo lugar, por debajo inmediatamente de la adjudicataria.

Tercero. Con fecha 25 de abril de 2015 GESTAGUA interpuso recurso especial en materia de contratación frente al citado acuerdo de adjudicación, por considerar que la oferta



presentada por la adjudicataria no se ajustaba a los criterios, objetivos y homogéneos, que fijaba el Pliego para la presentación de la oferta económica, habiéndose tramitado con el número 429/2015. Este Tribunal estimó el recurso interpuesto anulando el acuerdo de adjudicación y ordenando “la retroacción de las actuaciones a fin de que pueda realizarse nueva valoración de las proposiciones presentadas que tenga en cuenta la necesaria exclusión de todas aquéllas que no cumplan con lo previsto en el Pliego” en su Resolución de 29 de mayo de 2015.

Cuarto. En ejecución de esta Resolución, la Mesa de Contratación con fecha 21 de julio de 2015 adoptó el acuerdo de excluir a las empresas ESPINA Y DELFÍN, S.L., FCC-AQUALIA GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA, S.A. Y la UTE ACCIONA AGUA SERVICIOS S.L.U.-ESPINA OBRAS HIDRÁULICAS, por considerar que en todas ellas la oferta económica presentada no se había ajustado a los criterios fijados en el Pliego para su cálculo, entrando a valorar, por tanto, tan solo la oferta económica de VIAQUA y GESTAGUA, empresa esta última que al tener mayor puntuación en la valoración de su oferta, ha resultado adjudicataria en el acuerdo ahora recurrido de 19 de agosto de 2015.

Quinto. Contra el acuerdo de exclusión de 21 de julio de 2015, FCC-AQUALIA interpuso recurso especial en materia de contratación administrativa ante este Tribunal, recurso que se tramitó bajo el número 881/2015 y que fue resuelto por este Tribunal acordando su inadmisión al pretender la recurrente, realmente, impugnar la Resolución de adjudicación para cuya impugnación carecía de legitimación al haber sido excluida mediante acuerdo respecto del que nada se alegaba, consintiendo así su exclusión.

Sexto. La ahora recurrente interpone recurso frente al acuerdo de adjudicación del contrato a GESTAGUA de 19 de agosto de 2015, defendiendo que la empresa adjudicataria debió ser excluida al no cumplir el contenido de su oferta con los criterios predeterminados en el Pliego, debiendo por ello haber sido también incluida entre las ofertas que fueron objeto de exclusión en el acuerdo antes citado de 21 de julio de 2015.

Séptimo. En cuanto a la oferta económica a presentar por los licitadores, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en adelante PCAP, que rige la licitación dispone en su cláusula 2.6, referida al contenido del sobre C, correspondiente a la valoración de criterios evaluables mediante fórmulas, lo siguiente:



“SOBRE C: Documento correspondiente a la valoración de criterios evaluables mediante fórmulas, con la siguiente inscripción: “PROPOSICIÓN ECONÓMICA PARA LA ADJUDICACIÓN A LA OFERTA ECONOMICAMENTE MAS VENTAJOSA CON VARIOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA EXPLOTACIÓN DEL CICLO INTEGRAL DEL AGUA DEL AYUNTAMIENTO DE BAIONA”. Contendrá la siguiente documentación:

- Modelo de Proposición según Anexo 1
- Estudio económico y financiero de la concesión: Los licitadores deberán presentar un estudio económico y financiero de la explotación del servicio, con una memoria explicativa, considerando una duración de 20 años y, como hipótesis, una inflación interanual del 1,88%.
- La estructura de costes, excluido el IVA, que deben presentar los licitadores para la valoración de este criterio debe ajustarse a la utilizada en el Anteproyecto de explotación del Servicio (Anexo IV del Pliego de Prescripciones Técnicas), que es la que sigue:

Costes Fijos

Gastos de personal

Conservación y mantenimiento

Medios materiales

Gestión administrativa y otros

Control de calidad del agua

IBI (Presa Baiña)

Total fijos

Costes Variables

Canon de regulación (Xunta de Galicia)

Energía

Reactivas

Compra agua (tratada)

Seguro de responsabilidad civil



Total variables

Total costes fijos+ variables

Gastos Generales (%) '

Inversión anual en mejoras **"

Canon anual "

TOTAL COSTES OPERATIVOS (Costes fijos + variables+gastos generales+inversión anual en mejoras + canon anual)

Amortizaciones y provisiones

Amortización de inversión inicial"*****

Amortizaciones de inversiones en equipamientos

Amortizaciones derivadas de reposición de equipos

Amortización 1TP

Provisión insolvencias (% stfacturación) "*****

Total amortizaciones y provisiones

Costes financieros

TOTAL COSTES (Total coste operativos+Total amortizaciones y provisiones +costes financieros)

(*) Los gastos generales irán cuantificados y expresados en porcentaje sobre la base de todos los conceptos de gastos relacionados.

(**) Se considerará un 20% del total de la facturación como importe correspondiente al canon variable.

(***) Se considerará un 10% del total de la facturación como importe correspondiente a la inversión en mejoras a realizar anualmente, a partir del sexto año.

(****) Se considerará una inversión inicial por parte del adjudicatario de un importe de 800.000 E. Ha de presentarse de un modo detallado el tipo de interés anual aplicable a la operación, siendo el período de amortización de 5 años.



(*****) La provisión de insolvencias irá cuantificada y expresada en porcentaje sobre la facturación.

Los licitadores/as deberán indicar en su estudio económico y financiero la tasa interna de retomo (TIR) y el Valor Actual Neto (VAN) del proyecto que presenten.

El Ayuntamiento de Baiona no asumirá, en ningún caso, responsabilidad sobre las previsiones de crecimiento o de provisión de insolvencias realizadas por los licitadores. Estas no podrán servir de base para futuras reclamaciones de subidas de tarifas fundamentadas en las desviaciones del plan de ingresos ofertado por los licitadores.

Los licitadores deberán presentar a modo de propuesta el coste unitario (Cu) de los servicios de agua y saneamiento. Así, habrán de tener en cuenta el Total de la estructura de costes que antecede.

Cu: Coste unitario = Coste por m3 de agua facturada

$$Cu = \text{Total costes} / \text{m}^3 \text{ de agua facturada}$$

A los efectos de una mayor homogeneización, para la determinación de la tarifa global (resultado del cociente entre el Coste Total y los metros cúbicos facturados) se considera como metros cúbicos facturados los del año 1 de la concesión que ascienden a 1.191.214,69 m³.

Por ser relevante también para la resolución de este recurso, interesa destacar el tenor literal de la cláusula 2.9.1.-1.2 de los Pliegos, sobre el contenido del sobre B, y la cláusula 4.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas:

Cláusula 2.9.1.-1.2: “Para todos los apartados de este punto, deberá especificarse el coste asociado a la propuesta, el cual deberá reflejarse convenientemente en el Estudio Económico y Financiero de la concesión, a entregar junto con la oferta económica, en la documentación del sobre C. Es decir que el proyecto técnico de organización descrito en el sobre B, deberá ser coherente con los costes recogidos en el Estudio Económico y Financiero de la concesión.”

Cláusula 4.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas en su apartado c): “La explotación, mantenimiento y reparación de la red municipal de aguas pluviales incluyendo los sistemas y redes de recogida de aguas pluviales y su transporte hasta los puntos de depuración o vertido al medio receptor, incluyendo todos los elementos de que se conforman estas



infraestructuras. Comprenderá todas las operaciones de mantenimiento y conservación de la red de pluviales, incluyendo la limpieza de pozos y tuberías, reposición de tapas de registro, limpieza de rejillas e imbornales, etc. La limpieza de imbornales y rejillas de pluviales ha de realizarse con una periodicidad al menos anual. Se contempla la conservación y mantenimiento de los equipos electromecánicos de la red de pluviales (bombeos)”.

Octavo. Como se ha señalado más arriba, VIAQUA interpone recurso contra el acuerdo de adjudicación del contrato a GESTAGUA por considerar que esta licitadora, al igual que el resto que fueron excluidas de la licitación mediante el citado acuerdo de 21 de julio de 2015, debió también ser excluida al no cumplir su oferta con lo señalado en los Pliegos. En concreto, basa la recurrente la debida exclusión del proceso de licitación de la adjudicataria en los siguientes motivos: a) Por incluir en el sobre B datos que necesariamente se establecía en los Pliegos debían incluirse en el Sobre C, b) Por la no inclusión en su oferta de los costes financieros, ni de la obra de 800.000 €, ni de los medios materiales; b) Por ser el proyecto de explotación planteado por GESTAGUA inviable económicamente, al tener el proyecto un Valor Actual Neto (VAN) negativo de 1.191.606 €; y c) Por incumplir lo previsto en el apartado 4.3 del PCAP sobre la previsión de una limpieza anual de imbornales.

Noveno. El órgano de contratación remitió informe a este Tribunal junto con el expediente en el que defiende la conformidad a Derecho del acuerdo impugnado. Sobre que la adjudicataria reflejara en el sobre B datos económicos de la oferta que formaban parte del contenido del sobre C, se señala que tales datos (que efectivamente se incluyen en el sobre indicado y que, sin embargo, son tomados en consideración también para la confección de la oferta a incluir en el sobre C conforme lo previsto en las cláusulas 2.9.2.1 y 2.9.2.2. del Pliego) no suponen anticipación alguna de la oferta que, en su caso, fue suscrita por la adjudicataria en el sobre C, pues para el cálculo del coste unitario del servicio se incluyen los costes variables, los gastos generales, las amortizaciones, las provisiones y los costes financieros de la inversión inicial, de modo que los datos económicos incluidos en el sobre B no permiten anticipar ni deducir en modo alguno la propuesta económica de la adjudicataria. A mayor abundamiento, alega el órgano de contratación en su informe que lo mismo ha ocurrido con todos los licitadores, incluida la recurrente, salvo con la mercantil FCC AQUALIA, habiendo incluido VIAQUA en el sobre B



también datos económicos que han de ser tenidos en cuenta para confeccionar la oferta económica a presentar en el sobre C, tales como la valoración de medios adscritos al servicio de Baiona y la valoración de medios tiempo parcial servicio Baiona, lo que, al igual que en el caso de la recurrente, no se consideró relevante a efectos de acordar su exclusión por no permitir el conocimiento anticipado de dichos datos deducir el coste unitario a ofertar por VIAQUA en el sobre C.

Respecto a la no inclusión de costes financieros de la inversión inicial en el sobre C, la Mesa de contratación con fecha 16 de marzo de 2015 admitió las alegaciones de GESTAGUA al considerar acreditado que, tanto por la disposición a su favor de fondos propios conforme la información contenida en las últimas Cuentas Anuales depositadas a la fecha de la oferta, como por la composición accionarial del grupo a que pertenece GESTAGUA (Grupo SAUR del que son socios accionistas dos entidades financieras, BNP Paribas y Groupe Banque Populaire Caisse d'Epargne) no incluyó costes financieros por poder asumir la inversión inicial sin incurrir en tales costes.

Sobre que el proyecto de explotación propuesto por la adjudicataria fuera inviable, señala el órgano de contratación que la estimación de la evolución de costes/ingresos de la concesión a lo largo de los años, que se materializa en el estudio económico-financiero, no es objeto de valoración a efectos de la adjudicación del contrato de acuerdo con los criterios ya expuestos de valoración del coste unitario de explotación que se contienen en la cláusula 2.9.2.2., y que incluyen solo el primer año de vida de la concesión (sin perjuicio de las posteriores revisiones de tarifas, si concurren, cuya evolución no es objeto de valoración). Y es que, continúa argumentando el órgano de contratación, el Anteproyecto de explotación del Ciclo del agua no constituye, como los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, un documento de carácter contractual para los licitadores al que se vean vinculados para presentar sus ofertas, sino un documento informativo que tiene como finalidad fundamental que los licitadores puedan conocer las características del servicio al elaborar sus correspondientes ofertas, pero cuyo incumplimiento o desconocimiento no determina en sí mismo la exclusión de la oferta.

Finalmente, respecto de la limpieza de imbornales, alega el órgano de contratación que VIAQUA interpreta incorrectamente el apartado c de la cláusula 4.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT) que recoge esta obligación, pues la limpieza



anual de imbornales y rejillas de pluviales se circunscribe exclusivamente a los de dicha red, no a la totalidad de la red de saneamiento como interpreta VIAQUA.

Décimo. La Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a las demás empresas licitadoras, otorgándoles un plazo común de alegaciones de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo evacuado el trámite conferido las siguientes empresas: FCC-AQUALIA, GESTAGUA y ESPINA Y DELFÍN S.L. FCC-AQUALIA considera que el recurso debe ser desestimado dado que lo que procede es declarar la nulidad de todo el procedimiento de licitación dada la oscuridad de las cláusulas del Pliego que determinan cómo ha de confeccionarse la oferta económica. GESTAGUA solicita también la desestimación del recurso, considerando que su oferta no ha incumplido lo señalado en los Pliegos en ninguno de sus apartados, de modo que siendo su oferta la más valorada, debe confirmarse el acuerdo de adjudicación adoptado a su favor. Finalmente ESPINA Y DELFÍN, S.L. considera en sus alegaciones que la oferta de GESTAGUA incumple las previsiones del Pliego en los puntos consignados por VIAQUA en su recurso, si bien solicita, más allá de la estimación del recurso y anulación del acuerdo de adjudicación recurrido, que se declare, dada la ambigüedad y oscuridad de los Pliegos, la nulidad de todo el procedimiento de licitación

Undécimo. Con fecha 25 de septiembre de 2015 se dictó por la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, Resolución adoptando la medida cautelar consistente en el mantenimiento de la suspensión de ejecutividad del acuerdo recurrido hasta la resolución del recurso, de conformidad con lo preceptuado en el art. 45 y 46.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 y 3 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Galicia y publicado en el BOE el día 25 de noviembre de 2013.

Segundo. VIAQUA concurrió a la licitación del procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de concesión administrativa para la Explotación del Ciclo Integral



del agua, convocado por el Ayuntamiento de Baiona, por lo que está legitimada para recurrir conforme señala el art. 42 del TRLCSP.

Tercero. Se recurre el acuerdo de adjudicación del contrato de gestión del servicio público de servicios para la Explotación del Ciclo Integral del agua, con un valor estimado de 42.656.641,04 €, susceptible por tanto de recurso especial de acuerdo con lo previsto en el art. 40.2, c) del TRLCSP. Se han cumplido asimismo todas las prescripciones formales y de plazo establecidas en el art. 44 del TRLCSP.

Cuarto. La mercantil recurrente basa su recurso con carácter principal en dos grandes alegaciones: A) Por haber GESTAGUA introducido en el sobre B datos relevantes para la determinación de la oferta económica a incluir en el sobre C, lo que debió determinar su exclusión del procedimiento de licitación; y B) Por haberse separado la oferta económica de la empresa que ha resultado adjudicataria de los criterios, objetivos y homogéneos, que fija el Pliego para la presentación de la oferta económica, habiendo permitido el órgano de contratación, con la admisión de su oferta pese a las variaciones que se han hecho respecto de lo indicado en el Pliego, la inaplicación de ciertas cláusulas del PCAP negando, con ello, su carácter vinculante. Estos incumplimientos se predicen en tres puntos de la oferta de GESTAGUA: a) La no inclusión de costes financieros de la inversión inicial, b) la inviabilidad del proyecto de explotación, y c) el incumplimiento de las previsiones del PPT en cuanto a limpieza de imbornales se refiere.

A estos efectos, las pretensiones de las empresas que en trámite de alegaciones han deducido en sus escritos y que van más allá de solicitar la estimación o desestimación del recurso, no pueden ser consideradas, pues sin perjuicio de que este Tribunal en su resolución tenga en cuenta lo manifestado por todas ellas, no puede conculcarse el principio de congruencia y hacer de estas alegaciones nuevos recursos contra el acuerdo de adjudicación impugnado.

Dicho esto, comenzando por la primera de las alegaciones expuestas, debe analizarse si efectivamente GESTAGUA incluyó en el sobre B aspectos a tener en cuenta para la formulación de la oferta económica a incluir en el sobre C, rompiendo así la debida separación entre la valoración de criterios sujetos a juicio de valor y los no sujetos a juicio de valor o automáticos, cuya valoración ha de ser posterior a la primera.

Como se expuso más arriba, la recurrente considera que GESTAGUA ha incluido en el sobre B datos que debieron ser objeto de inclusión en el sobre C. En concreto se argumenta que GESTAGUA ha incluido en el sobre B los costes asociados al proyecto técnico de organización de los servicios propuestos, siendo claro el Pliego en el sentido de que los costes asociados a la propuesta debían incluirse en el Estudio Económico y Financiero de la concesión, a incluir en el sobre C. A estos efectos los Pliegos fueron modificados a raíz de una aclaración que precisamente VIAQUA hizo sobre el particular, pues en la redacción inicial de los Pliegos no quedaba claro si junto con la propuesta técnica de organización del servicio a incluir en el sobre B debían también expresarse los costes asociados a la propuesta. Las dudas fueron despejadas, según la recurrente, con la nueva redacción que se dio a la cláusula 2.9.1., apartado 1.2, del PCAP por acuerdo del órgano de contratación de fecha 2 de octubre de 2014, en la que se señala lo siguiente respecto del contenido y valoración de la propuesta técnica a incluir en el sobre B: “Para todos los apartados de este punto, deberá especificarse el coste asociado a la propuesta, el cual deberá reflejarse convenientemente en el Estudio Económico y Financiero de la concesión, a entregar junto con la oferta económica, en la documentación del sobre C. Es decir que el proyecto técnico de organización descrito en el sobre B, deberá ser coherente con los costes recogidos en el Estudio Económico y Financiero de la concesión.”

El órgano de contratación, sin negar que en el sobre B se han incluido datos a valorar con la oferta económica mediante fórmula, argumenta que el conocimiento por la Mesa de contratación de tales datos (que efectivamente se incluyeron en el sobre B y que, sin embargo, son tomados en consideración también para la confección de la oferta a incluir en el sobre C conforme lo previsto en las cláusulas 2.9.2.1 y 2.9.2.2. del Pliego) no supuso anticipación alguna del contenido final de la oferta que, en su caso, fue suscrita por la adjudicataria en el sobre C, pues para el cálculo del coste unitario del servicio se incluyen los costes variables, los gastos generales, las amortizaciones, las provisiones y los costes financieros de la inversión inicial, de modo que los datos económicos incluidos en el sobre B no permitieron anticipar ni deducir en modo alguno la propuesta económica de la adjudicataria. A mayor abundamiento, alega el órgano de contratación en su informe que lo mismo ha ocurrido con todos los licitadores, incluida la recurrente, salvo con la mercantil FCC AQUALIA, habiendo incluido VIAQUA en el sobre B también datos económicos que han de ser tenidos en cuenta para confeccionar la oferta económica a presentar en el sobre C, tales como la valoración de medios adscritos al servicio de Baiona y la valoración

de medios tiempo parcial servicio Baiona, lo que, al igual que en el caso de la recurrente, no se consideró relevante a efectos de acordar su exclusión por no permitir el conocimiento anticipado de dichos datos, deducir el coste unitario a ofertar por VIAQUA en el sobre C.

La propia adjudicataria, GESTAGUA, en sus alegaciones, señala que la interpretación del apartado 2.9.1-1.2 antes transcrito no es la que señala la recurrente, sino que lo que se pretende decir es que en el sobre B habrán de incluirse los costes asociados a determinados capítulos del proyecto de explotación, sin perjuicio de que estos costes, con el mismo valor y coherentemente con lo previsto en el sobre B, deban quedar reflejados en el estudio económico a incluir en el sobre C.

Expuestas así las posturas de las partes, debe analizarse si, efectivamente, la adjudicataria introdujo en el sobre B datos a incluir exclusivamente en el sobre C, en cuyo caso habría que concluir su exclusión si con ello se hubiera anticipado la valoración de criterios evaluables mediante fórmulas, conforme lo señalado en el art. 26 del RD 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, cuando dispone: “La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos”.

Pues bien, como ya señalábamos en nuestra resolución 372/2014, de 9 de mayo, recurso 301/14 y 47/2012 de 3 de febrero, recursos 18 y 19/2012; el artículo 1 del TRLCSP establece entre sus fines el de garantizar el principio de “no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos”. En el mismo sentido, el artículo 139 de la citada Ley señala que “Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio”. El principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Así, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto al principio de igualdad de trato implica, no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio éste que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos

(Sentencia TJCE de 12 de diciembre de 2002, Universidad-Bau y otros). A esta exigencia obedece que los artículos 145.2 y 160.1 del TRLCSP establezcan que las proposiciones de los interesados conteniendo las características técnicas y económicas deben mantenerse secretas hasta el momento en que deban ser abiertas.

En fin, son las exigencias del principio de igualdad de trato las que determinan que el artículo 150.2 del TRLCSP disponga que “La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello”, y que el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente el TRLCSP, disponga, de un lado, en su artículo 30 las garantías para la valoración separada y anticipada de los criterios que dependan de un juicio de valor respecto de los de valoración automática, y, de otro, el artículo 26 imponga que “La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos”. De otra parte, la prohibición del artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, es terminante y objetiva. Así, si se admitieran las ofertas correspondientes a los licitadores que no han cumplido la exigencia de presentar separadamente la documentación exigida, la sujeta a juicio de valor, y la evaluable de forma automática, se estaría permitiendo que el personal técnico encargado de realizar su valoración dispusiera de una información previa que no es conocida respecto de todos los licitadores, sino sólo de aquéllos que han incumplido la exigencia reseñada, lo cual supone que su oferta será valorada con conocimiento de un elemento de juicio que falta en las otras, infringiéndose así los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en el TRLCSP. Ello supondría también la infracción del principio de secreto de las proposiciones exigido en el artículo 145.2 de la Ley citada, pues documentación o información que debiera de estar incorporada en el sobre C se conoce con anterioridad a su apertura.

Por lo tanto la exclusión es procedente cuando, o bien se vulnera la debida separación entre acreditación de solvencia e información de ofertas, o bien se incluye información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de

valor que permite al órgano de contratación anticipar, aunque sea parcialmente, la valoración de la oferta que ha de contenerse en el tercer sobre.

Quinto. Ahora bien, sentado el principio anterior también debe reseñarse que no puede aplicarse automáticamente la exclusión cuando, pese a incluirse la documentación en sobres equivocados, ello no condicione la valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor, ni rompa el principio de separación entre los criterios que dependen de juicio de valor y los criterios que dependen de fórmulas. Así cabe citar la Resolución de este Tribunal 372/2014, de 9 de mayo, dictada en el Recurso 301/14, en la que se cita la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 6 de noviembre de 2012, en la que se indica que “Tampoco en lo relativo a la vulneración del secreto de las proposiciones cabe admitir ese criterio automático de exclusión aplicado por el órgano de contratación, que invoca la cláusula 4.7.3. del Pliego; dicha cláusula dispone, efectivamente, que “la inclusión en los sobres nº 1 o nº 2 de documentos correspondientes al sobre nº 3 será causa de exclusión del licitador por vulnerar el carácter secreto de las ofertas” a que se refiere el art. 129.2. LCSP. Tal interpretación resulta excesivamente formalista y contraria al principio de libre concurrencia, también formulado en el art. 1 de la Ley, pues ha de ser interpretada a la luz de los preceptos mencionados que justifican el carácter secreto de las proposiciones, lo que exige la comprobación de que esa actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula; frente a lo que se dice en la contestación a la demanda por el Abogado del Estado y la UTE codemandada, la simple comprobación del error en los sobres podrá, en todo caso, constituir una presunción a favor de esa infracción que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario.”

En aplicación de esta doctrina este Tribunal, en diversas Resoluciones, ha sentado el criterio, por un lado, de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluable mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (resoluciones 147/2011 y 67/2012, relativas a los recursos 114/2011 y 47/2012), así como para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (resoluciones 191/2011 y 295/2011, referidas a los recursos 156/2011 y 253/2011); y, por otro, la no exclusión de aquellos que incluyeron información en sobres equivocados, siempre que ello no supusiera

anticipación de los criterios a valorar mediante fórmulas (resoluciones 14/2010 y 233/2011, que se corresponden con los recursos 18/2010 y 198/2011).

Sexto. Aplicando el criterio expuesto al caso ahora estudiado, resulta esencial determinar si el conocimiento anticipado, al tiempo de valorar los criterios de adjudicación dependientes de juicio de valor, de los costes incluidos en el sobre B ha podido permitir a la Mesa de contratación anticipar la oferta económica a incluir por la adjudicataria en el sobre C, cuya valoración debe de ser sucesiva y posterior. Pues bien, es claro que en el caso ahora estudiado el conocimiento de los costes que se incluyeron en el sobre B no permite anticipar la oferta económica de la adjudicataria. Y ello teniendo en cuenta no solo los múltiples factores a considerar para la formulación de la oferta económica para el que los costes es solo un factor más, sino también la compleja fórmula utilizada en los Pliegos, tal y como se deduce de la sola lectura de la cláusula 2.6 transcrita en el hecho séptimo de esta Resolución.

Debe, en este punto, convenirse con el órgano de contratación que para el cálculo del coste unitario del servicio se incluyen los costes variables, los gastos generales, las amortizaciones, las provisiones y los costes financieros de la inversión inicial, de modo que los datos económicos incluidos en el sobre B por la adjudicataria no permitieron anticipar ni deducir en modo alguno su propuesta económica, por lo que no puede considerarse en este caso vulnerada la separación existente entre ambas fases de valoración.

Por ello no puede ser acogido este primer motivo de impugnación.

Séptimo. A continuación, la recurrente considera que el acuerdo de adjudicación debe ser anulado por no haber incluido la oferta de la adjudicataria, en clara contravención con lo establecido en los Pliegos, los costes financieros, ni de la obra de 800.000 €, ni de los medios materiales.

Sobre este punto, el órgano de contratación en su informe señala que la Mesa de contratación con fecha 16 de marzo de 2015 admitió las alegaciones de GESTAGUA al considerar acreditado que, tanto por la disposición a su favor de fondos propios conforme la información contenida en las últimas Cuentas Anuales depositadas a la fecha de la oferta, como por la composición accionarial del grupo a que pertenece GESTAGUA (Grupo SAUR del que son socios accionistas dos entidades financieras, BNP Paribas y Groupe

Banque Populaire Caisse d'Epargne) no incluyó costes financieros por poder asumir la inversión inicial sin incurrir en tales costes.

Expuesta así la cuestión, debe anticiparse que la alegación debe decaer. En efecto, si bien la oferta económica incluye, como parte de su contenido, el reflejo de los costes financieros que para la adjudicataria supondrá la inversión inicial que requiera la realización de la prestación objeto del contrato, desde luego ello no puede interpretarse como que los Pliegos obliguen a la adjudicataria a utilizar fondos ajenos e incurrir en costes financieros si la licitadora no prevé recurrir a operaciones de financiación ajena. En este caso, la partida referida a costes de financiación será de cero euros, no por incumplimiento de la oferta sino por la realidad de la no asunción por la adjudicataria de costes de financiación.

La recurrente insiste en que no es posible la disposición de esta cantidad por la adjudicataria. Sin embargo, tanto por el contenido de las últimas cuentas anuales depositadas con anterioridad a la oferta (en las que constan unos fondos propios de 6.959.000 €), como por la composición del grupo empresarial al que pertenece la adjudicataria (del que forman parte dos entidades financieras), la posibilidad de disponer de la cantidad precisa para la inversión inicial sin recurrir a financiación ajena es posible, no pudiéndose anticipar, como se hace por la recurrente, el incumplimiento de esta premisa, cuyos efectos afectarán en todo caso al cumplimiento de la oferta presentada, no a su incorrecta formulación.

Debe, por ello, considerarse correcta la oferta de la adjudicataria y desestimar este segundo motivo de impugnación del acuerdo de adjudicación.

Octavo. Se alega seguidamente por la recurrente la inviabilidad económica del proyecto de explotación que contiene la oferta de la adjudicataria, al tener un Valor Actual Neto (VAN) negativo de 1.191.606 €.

El órgano de contratación contesta a esta alegación señalando que la estimación de la evolución de costes/ingresos de la concesión a lo largo de los años que se materializa en el estudio económico-financiero, no es objeto de valoración a efectos de la adjudicación del contrato, de acuerdo con los criterios ya expuestos de valoración del coste unitario de explotación que se contienen en la cláusula 2.9.2.2., y que incluyen solo el primer año de vida de la concesión (sin perjuicio de las posteriores revisiones de tarifas, si concurren, cuya evolución no es objeto de valoración). Y es que, continúa argumentando el órgano de

contratación, el Anteproyecto de explotación del Ciclo del agua no constituye, como los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, un documento de carácter contractual para los licitadores al que se vean vinculados para presentar sus ofertas, sino un documento informativo que tiene como finalidad fundamental que los licitadores puedan conocer las características del servicio al elaborar sus correspondientes ofertas, pero cuyo incumplimiento o desconocimiento no determina en sí mismo la exclusión de la oferta.

GESTAGUA en sus alegaciones considera que no puede excluirse su oferta por considerarse inviable dado que, para ello, debió haberse previsto en el Pliego el parámetro o criterio objetivo que permitiera apreciar cuándo la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales, en aplicación de lo dispuesto en el art. 152 del TRLCSP; por lo que no recogiendo el Pliego que ha de regir la presente licitación dichos parámetros o criterios, ni es procedente una supuesta petición del órgano de contratación sobre la justificación de una presunta desproporción ni, mucho menos, procede la exclusión por este motivo (para la que previamente, además, debería haberse dado audiencia a la licitadora).

De acuerdo con lo expuesto, debe analizarse si, en efecto, la oferta de la adjudicataria debió ser excluida por su inviabilidad económica. Al respecto, señala el art. 152 del TRLCSP, en su apartado 2, lo siguiente: “Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales”.

Cuando los Pliegos no contengan previsión concreta al respecto, como ocurre en el caso aquí examinado, la posibilidad de exclusión se limita a supuestos de ofertas manifiesta y objetivamente incongruentes. En efecto, tal y como se ha señalado por este Tribunal en reciente Resolución 453/2015, de 14 de mayo de 2015, “al no estar prevista la consideración de bajas anormales o desproporcionadas, como ya hemos señalado en otras resoluciones (como referencia en la nº 697/2014, de 23 de septiembre), una vez

conocida la calificación efectuada en relación con los criterios que dependen de un juicio de valor y efectuada la apertura del sobre C, sólo cabrá la exclusión de un licitador cuando, a la vista de la oferta presentada, ésta resulte claramente incongruente de forma objetiva o cuando de la misma se deduzca sin ningún género de dudas y sin necesidad de acudir a criterio técnico o subjetivo alguno, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos, pues de otro modo se estaría alterando el orden del procedimiento de licitación definido legalmente en el artículo 151 del TRLCSP y en el artículo 30 del Real Decreto 817/2009 y que tiene precisamente como objeto garantizar la objetividad de la adjudicación, evitando que los juicios de valor a emitir por el órgano de contratación y sometidos a discrecionalidad técnica puedan influir en el resultado final de la licitación. Solo así es posible garantizar el principio de no discriminación y libre concurrencia”.

Aplicando la anterior doctrina al caso ahora examinado, es claro que no puede acordarse la exclusión de la oferta de la adjudicataria por su inviabilidad económica. No solo no queda evidenciada de forma objetiva, manifiesta y sin ningún género de dudas, sino que además para alcanzar tal conclusión se hace preciso recurrir a criterios técnicos complejos, habiendo acompañado la recurrente su recurso de varias simulaciones financieras.

A ello debe añadirse que el estudio económico y financiero, en sí mismo, no es objeto de valoración en la oferta económica. De acuerdo con la cláusula 2.9.2.2 de los PCAP, lo que es objeto de valoración es el menor coste unitario de la explotación ofertado, el canon concesional variable –entendido como un porcentaje de la facturación anual- y las mejoras ofertadas sin coste adicional, sin que la estimación de la evolución de los costes/ingresos de ninguno de los licitadores haya sido objeto de valoración en sí misma considerada.

Debe, por ello, desestimarse también este motivo de impugnación.

Noveno. Finalmente se alega por la recurrente que la oferta de la adjudicataria no debió ser admitida al incumplir lo previsto en el apartado 4.3 del PCAP sobre la previsión de una limpieza anual de imbornales. VIAQUA considera que los imbornales, en un porcentaje muy alto, han de estar unidos a la red de saneamiento, por lo que teniendo en cuenta el contenido de la oferta de GESTAGUA, que prevé la limpieza de la red de saneamiento en un 10% anual, debe concluirse que anualmente solo se procederá a la limpieza de un 10% de los imbornales existentes. Al respecto alega el órgano de contratación que VIAQUA interpreta incorrectamente el apartado c de la cláusula 4.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas que recoge esta obligación, pues la limpieza anual de imbornales y rejillas de

pluviales se circunscribe exclusivamente a los de dicha red, no a la totalidad de la red de saneamiento. En idéntico sentido se pronuncia la adjudicataria, GESTAGUA, en sus alegaciones.

Resulta esencial, por tanto, determinar el alcance de la cláusula 4.3, apartado c) del PPT cuando se refiere a la limpieza de imbornales. Dispone expresamente la citada cláusula: “La explotación, mantenimiento y reparación de la red municipal de aguas pluviales incluyendo los sistemas y redes de recogida de aguas pluviales y su transporte hasta los puntos de depuración o vertido al medio receptor, incluyendo todos los elementos de que se conforman estas infraestructuras. Comprenderá todas las operaciones de mantenimiento y conservación de la red de pluviales, incluyendo la limpieza de pozos y tuberías, reposición de tapas de registro, limpieza de rejillas e imbornales, etc. La limpieza de imbornales y rejillas de pluviales ha de realizarse con una periodicidad al menos anual. Se contempla la conservación y mantenimiento de los equipos electromecánicos de la red de pluviales (bombeos)”.

La literalidad no deja lugar a dudas, pues expresamente se refiere la cláusula a la “red municipal de aguas pluviales”, de modo que la obligación de limpieza de imbornales y rejillas de pluviales con una periodicidad al menos anual se circunscribe exclusivamente a los de esta red, no a la totalidad de la red de saneamiento, para la que el apartado a) de la misma cláusula exige una revisión mínima “de una longitud equivalente al 10 por ciento de la red existente en cada momento”. De otro modo no podría explicarse la diferente periodicidad de limpieza y revisión que se exigen en la citada cláusula 4.3 en sus apartados a) y c) del PPT.

Siendo así, y habiendo incluido GESTAGUA en su oferta la limpieza de imbornales y rejillas de pluviales incluidos en la red municipal de aguas pluviales con periodicidad anual, debe concluirse que su oferta es conforme a lo exigido en el Pliego, debiendo con ello decaer la última alegación en que la recurrente basa su recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso especial interpuesto por D. J.M.B., en nombre y representación de VIAQUA, GESTIÓN INTERAL DE AGUAS DE GALICIA, SAU, contra el acuerdo por el que se adjudica el *“Contrato de concesión administrativa para la Explotación del Ciclo Integral del agua, del Ayuntamiento de Baiona”* a la empresa GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A, confirmando íntegramente su legalidad.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida como consecuencia del artículo 45 del TRLCSP, según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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