



Recurso nº 349/2020

Resolución nº 890/2020

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

En Madrid a 14 de agosto de 2020

VISTO el recurso interpuesto por D. J.A.M.M., actuando en nombre y representación de SACYR AGUA, S.L., contra la resolución por la que se acuerda su exclusión y la adjudicación de la licitación convocada por la Sociedad Mercantil Estatal Aguas de las Cuencas de España, S.A. (ACUAES), para contratar el “*servicio de explotación del Abastecimiento de agua a Cantabria*” (Expte.:ACE/901.01/19/EXPL/01), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Consejo de Administración de ACUAES convocó la licitación pública por procedimiento abierto ordinario, del contrato de servicios denominado “*servicio de explotación del Abastecimiento de agua a Cantabria*” (Expte.: ACE/901.01/19/EXPL/01)”. El contrato está sujeto a regulación armonizada.

El valor estimado del contrato es de 4.105.336,72 euros, IVA excluido.

Segundo. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante), y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 24 de noviembre de 2019, en el perfil del contratante el día 25 de noviembre de 2019 y en el Diario Oficial de la Unión Europea el 26 de noviembre de 2019.



Tercero. Consta que concurrieron a la licitación las siguientes entidades, según el documento nº 11:

1. AQUAMBIENTE SERVICIOS PARA EL SECTOR DEL AGUA, S.A.U
2. ELECNOR, S.A.
3. FCC AQUALIA S.A.
4. GESTION Y TECNICAS DEL AGUA S.A.
5. U.T.E. GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE. S.L. - AGUAS DE VALENCIA S.A.
6. OXITAL SERVICIOS, S.L.
7. U.T.E SOCIEDAD ANÓNIMA AGRICULTORES DE LA VEGA DE VALENCIA (SAV)
- DEPURACION DE AGUAS DEL MEDITERRANEO, S.L. (DAM).
8. SOCAMEX S.A.U.
9. SOCIEDAD DE FOMENTO AGRÍCOLA CASTELLONENSE, S.A.
10. SACYR AGUA S.L.
11. TECNICAS VALENCIANAS DEL AGUA, S.A.

De acuerdo con el pliego de prescripciones técnicas, el objeto del contrato es la prestación de un servicio de explotación del “*Abastecimiento de agua a Cantabria*” y de la “*Planta de filtrado de las Estaciones de bombeo del Embalse del Ebro*”. El objetivo último del sistema de “*Abastecimiento de agua a Cantabria*” es garantizar el abastecimiento regional de agua de consumo desde el Embalse del Ebro, en aquellos periodos del año en que las cuencas cantábricas son deficitarias en recursos hídricos.

La fecha tope para la presentación de proposiciones concluyó el 10 de enero de 2020.



El 21 de enero de 2020, la Mesa de Contratación, acuerda por unanimidad crear una Comisión Técnica que realizará un informe de valoración de Ofertas Técnicas presentadas por los licitadores.

Con fecha 18 de febrero de 2020, en acto público, se procedió a la apertura del sobre 3, "Oferta económica". En la Tabla adjunta se presentan las puntuaciones y los importes de las ofertas económicas realizadas (IVA excluido) por los licitadores cuya proposición fue abierta:

ORDEN PRESENTACIÓN DE OFERTAS	LICITADORES	Oferta Técnica (de 0 a 20 puntos)	Oferta Económica (de 0 a 80 puntos)				PUNTAJÓN FINAL	GRUPOS
		PUNTAJÓN TOTAL	PRESUPUESTO OFERTADO (IVA excluido)	Porcentaje de baja	Baja media	PUNTAJÓN OTORGADA A LA OFERTA ECONOMICA		
05	U.T.E. GLOBAL OMNIUM MEDIOAMBIENTE S.L. - AGUAS DE VALENCIA S.A.	8,60						
11	TECNICAS VALENCIANAS DEL AGUA, S.A.	9,00						
10	SACYR AGUA S.L.	18,40	1.429.067,71	30,38%	23,20%	80,00	98,40	
09	SOCIEDAD DE FOMENTO AGRÍCOLA CASTELLONENSE, S.A.	18,40	1.549.764,61	24,50%	23,20%	77,25	95,65	
08	SOCAMEX S.A.U.	16,40	1.550.790,95	24,45%	23,20%	77,22	93,62	
03	FCC AQUALLIA S.A.	16,40	1.621.608,00	21,00%	23,20%	74,42	90,82	
01	AQUAMIENTOS SERVICIOS PARA EL SECTOR DEL AGUA, S.A.U	11,40	1.498.447,91	27,00%	23,20%	78,67	90,07	
04	GESTION Y TECNICAS DEL AGUA S.A.	13,20	1.576.425,00	23,20%	23,20%	76,33	89,53	
07	U.T.E SOCIEDAD ANÓNIMA AGRICULTORES DE LA VEGA DE VALENCIA (SAV) - DEPURACION DE AGUAS DEL MEDITERRANEO, S.L. (DAM).	11,60	1.580.554,64	23,00%	23,20%	76,18	87,78	
06	DIGITAL SERVICIOS, S.L.	12,00	1.636.411,20	20,28%	23,20%	73,68	85,68	
02	ELBENOR, S.A.	10,40	1.744.277,25	15,02%	23,20%	66,06	76,46	

Nota: la cifra en color rojo indica una presunta oferta con valores anormales o desproporcionados.

Como consecuencia de dicho análisis, la mesa de contratación requirió a la ahora recurrente para que justificara las condiciones de su oferta económica, antes del día 21 de febrero de 2020 a las 14:00 horas, debiendo desarrollar los siguientes extremos:

1. Definición y valoración detallada de la plantilla y los medios materiales propuestos.
2. Justificación de los precios unitarios a que se refiere el epígrafe 1 del Anejo II del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP), acompañado de ofertas originales de subcontratistas o suministradores de materiales cuando proceda.
3. Cualquier otra circunstancia que pueda reducir la repercusión de los gastos generales de estructura y costes indirectos imputables al Contrato."



A través de la Plataforma de Contratación del Estado, el 21 de febrero de 2020, se recibió el documento de justificación de oferta anormal o desproporcionada del licitador, hoy recurrente.

Dicha información fue objeto de análisis cuyas conclusiones se reflejan en el documento nº 13.2 del EA, que contiene el informe de justificación de temeridad de 24 de febrero de 2020, y que señala que:

“Tras realizar el análisis de la documentación aportada, se considera que la proposición presentada por SACYR AGUA S.L. no está suficientemente justificada, al faltarle un coste de 91.699,28€, por lo que, se estima que no puede ser cumplida a satisfacción de esta Sociedad, trasladándose a la Mesa de Contratación la decisión sobre su viabilidad”.

Reunida nuevamente la Mesa de contratación el 25 de febrero de 2020, procedió al análisis y valoración de las justificaciones de las ofertas anormalmente bajas, a la vista del informe emitido por el área técnica de ACUAES sobre las mismas, estimando a la vista de la documentación aportada por la licitadoras considerar que la oferta presentada por la licitadora SACYR AGUA, S.L. no ha quedado justificada a satisfacción de la Sociedad Mercantil Estatal Aguas de las Cuencas de España, S.A., por lo que tal oferta económica se debe considerar con valores anormalmente bajos, excluyéndose de la clasificación por no haberse estimado la justificación sobre su viabilidad tras el trámite de audiencia.

A continuación, se acordó elevar al órgano de contratación la propuesta de adjudicación a favor de la licitadora mejor valorada, SOCIEDAD DE FOMENTO AGRÍCOLA CASTELLONENSE, S.A.

El órgano de contratación, por acuerdo de 26 de febrero de 2020, adjudicó el contrato a la entidad SOCIEDAD DE FOMENTO AGRÍCOLA CASTELLONENSE, S.A., según el certificado que obra en el documento nº14 del EA.

Tales acuerdos fueron publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 9 de marzo de 2020.



Cuarto. Ante la declaración del estado de alarma en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y como resulta de los documentos nº 15.4 y 20 EA, se publicó el 24 de marzo de 2020 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el acuerdo de no suspensión del plazo para interponer recurso especial, señalándose lo siguiente:

“En relación con esta licitación y la adjudicación acordada, les comunicamos que la Sociedad Mercantil Estatal Aguas de las Cuencas de España, S.A. ha acordado levantar la suspensión del plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación que se deriva de lo dispuesto en la Disposición Adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, con fundamento en la necesidad de proceder a formalizar el contrato con el adjudicatario que permita la prosecución de los servicios de explotación tras la fecha de finalización del contrato inicial, respecto del cual se han consumido todas las prórrogas previstas en el mismo, en aras de garantizar la continuación de la prestación del suministro de agua potable a poblaciones de Cantabria, garantizando un servicio esencial de los ciudadanos, tal y como lo considera el Real Decreto Ley 8/2020.

En virtud de dicho acuerdo, y habiendo transcurrido cuatro días hábiles del plazo total de quince para presentar el referido recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación notificado, todos los licitadores admitidos en la licitación dispondrán del resto del plazo para la presentación del mencionado recurso si estiman que a su derecho conviniera, esto es, de once días, de cuyo cómputo se excluirán los que resulten festivos y no laborables en la ciudad de Madrid, fijándose el 8 de abril de 2.020 como fecha última en la que se admitirá, en su caso, la presentación del referido recurso”.

La ahora recurrente formuló recurso especial el día 6 de abril de 2020, dentro del plazo fijado al efecto, contra el acuerdo publicado el 9 de marzo de 2020, en el que se comunicaba su exclusión y la adjudicación del contrato.

Quinto. La parte impugnante, conforme al suplico de su recurso, interesa, en primer lugar, que se declare la nulidad de la resolución de 24 de marzo de 2020, por la que ACUAES



acordó levantar la suspensión del procedimiento de licitación, acordándose retrotraer las actuaciones al momento procesal anterior a dicho acto, suspendiéndose la licitación conforme al RD 463/2020.

Subsidiariamente, solicita que se suspenda la tramitación del procedimiento de licitación durante la sustanciación del presente recurso.

Solicita, además, que se le conceda el acceso al expediente, para que, en su caso, pueda completar las alegaciones realizadas.

Ademas, sostiene que el acto recurrido es contrario a derecho porque la oferta por ella presentada no es temeraria, por lo que no debió de ser excluida.

Sexto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 LCSP se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente Informe.

En el meritado informe, el órgano de contratación interesa la desestimación del recurso, formulando alegaciones frente a las cuestiones que en él se proponen.

Con fundamento en el informe técnico de viabilidad, se concluye la falta de justificación de al menos siete de los precios unitarios cuyo importe debiera demostrar SACYR, limitándose la licitadora a señalar que *“el importe de estos precios unitarios ya se contempla en la partida dedicada a “Gastos Generales”, partida que cuantifican en un 4,5% de los costes y que por tanto se eleva a 29.499,10 €/año y que convierten en el cajón de sastre al que imputar los precios unitarios no justificados.*

También ha formulado alegaciones la empresa adjudicataria, FACSA, que interesa que se desestime el recurso presentado por considerar que la entidad recurrente no ha justificado debidamente los precios unitarios. Añade que tampoco se han justificado otros conceptos como el equipamiento informático, el material de oficina, telefonía y comunicaciones, el apoyo técnico externo, el equipamiento de seguridad y EPIS así como el combustible. Sentado lo anterior, la adjudicataria considera que debería inadmitirse el recurso presentado contra el acuerdo de no suspensión del plazo para interponer recurso especial,



dado que a su juicio estaríamos ante un acto de trámite no cualificado. Subsidiariamente, entiende que el recurso contra dicho acto debe desestimarse, por ser ajustada a derecho la resolución recurrida, en la medida en que la naturaleza de la prestación pone de manifiesto la necesidad de continuar con el procedimiento para garantizar el servicio.

Respecto de la falta de acceso al expediente, sostiene que no se ha producido indefensión alguna, pues ha podido tener acceso a todo el expediente.

Y en cuanto al acuerdo de exclusión, defiende la adjudicataria que el informe de análisis de la viabilidad de la oferta está suficientemente motivado, no incurre en error manifiesto o constatable, por lo que no puede ser revisado por el TACRC.

Séptimo. En fecha 14 de abril de 2020 la Secretaria del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho. En fecha 21 de abril de 2020 se presentan alegaciones por la entidad SOCIEDAD DE FOMENTO AGRÍCOLA CASTELLONENSE, SA FACSA.

Octavo. Con fecha 28 de abril de 2020 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó el mantenimiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, producida automáticamente por recurrirse el acuerdo de adjudicación conforme al art 56.3 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la presente resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para conocer del mismo a tenor de lo establecido en el art. 45.1 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), 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 (LCSP), y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC).



Segundo. El inicio del procedimiento y el plazo de interposición del recurso especial se regulan en el artículo 50 LCSP, y se desarrolla en el artículo 19 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por lo que, en el caso que nos ocupa, debe considerarse que la interposición se ha formulado en plazo.

Tercero. El recurso se interpone en la licitación de un contrato de servicio, cuyo valor estimado es 4.105.336,72 euros, IVA excluido, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) LCSP.

En cuanto al acto recurrido objeto del recurso, éste es plúrimo, pues se recurren tanto (i) la resolución de 26 de febrero de 2020, del órgano de contratación, por la que acuerda la exclusión de la hoy actora así como la adjudicación del contrato, como el (ii) acuerdo de 24 de marzo de 2020, por la que se declara la no suspensión del plazo para interponer recurso especial, conforme a la DA 3ª del RD 463/2020.

Los acuerdos de exclusión y adjudicación del contrato son recurribles conforme al artículo 44.2.b) y c) de la LCSP.

No sucede lo mismo con el acto por el que se levanta la suspensión del procedimiento (acordada, con carácter general, por el R.D. 463/2020).

Ello es así, porque no consideramos que este acto forme parte propiamente del procedimiento de contratación, puesto que el apartado 4 de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020 residencia la potestad de acordar la continuación en las “entidades del sector público”, respecto de los “procedimientos administrativos”, por lo que el órgano de la entidad que acuerde la continuación podría ser un órgano distinto al órgano de contratación, y respecto de varios procedimientos, de contratación o de otra naturaleza. Por tanto, no consideramos que los actos de continuación de los procedimientos administrativos sean propiamente actos de trámite del procedimiento administrativo de



contratación, sino actos que afectan en general a la entidad perjudicada por la suspensión, por lo que procede la inadmisión del recurso frente a este acto, sin perjuicio de los recursos ordinarios que pudieran proceder contra el mismo.

Cuarto. No obstante, con carácter *obiter dictum*, examinaremos las alegaciones de la recurrente sobre la resolución de no suspensión del plazo para interponer recurso especial.

Conviene destacar que el Real Decreto 463/2020 que declara el estado de alarma permite, en el apartado cuarto de su DA 3ª, la posibilidad de acordar motivadamente la continuación de aquellos procedimientos administrativos *“que sean indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios”*.

ACUAES ha acordado la continuación del procedimiento mediante resolución motivada, que obra en el documento nº 15.6 en relación con el nº 20 del EA. En ella, se señala que *“Es necesario continuar con los servicios de explotación, que garantizan el abastecimiento de agua a poblaciones de Cantabria, ya que de lo contrario se generarían daños de imprevisibles consecuencias, dada la naturaleza de servicio público que reviste la prestación a realizar que no admite interrupción ni suspensión, garantizando la prestación de un servicio esencial como es el abastecimiento de agua potable a la población. Es preciso continuar la tramitación del procedimiento de licitación para formalizar el nuevo contrato, de forma que el nuevo contratista se haga cargo de los servicios de explotación tras la fecha de finalización del contrato inicial, y garantizar el suministro de agua potable, a poblaciones de Cantabria, cumpliendo lo dispuesto en el Real Decreto”*.

Y ello con la finalidad de *“evitar perjuicios graves y garantizar la protección del interés general y el funcionamiento básico de los servicios”*. Especialmente, teniendo en cuenta la proximidad del inicio del período crítico de la explotación del abastecimiento, el periodo estival, y la población que podría verse afectada, entre 200 000 y 300 000 personas.

Además, el órgano de contratación tampoco tiene la obligación de prorrogar el contrato vigente. Se ha limitado, únicamente, a explorar diferentes opciones con la única finalidad de evitar la interrupción del servicio.



Por otro lado, la interposición del presente recurso por el actor produce el efecto automático de suspender la formalización del contrato, en aplicación del Art. 53 de la LCSP, por lo que hasta la resolución del presente recurso, tendrá lugar el efecto pretendido por la recurrente, que no es otro que la suspensión de la formalización del contrato.

Por lo tanto, aparece justificado en el expediente el motivo por el cual el órgano de contratación considera que el procedimiento de formalización del contrato debe continuar. Y la decisión se considera ajustada a derecho, por lo que debería desestimarse el recurso interpuesto contra la declaración del órgano de contratación de no suspender la licitación, ex. DA 3ª RD 463/2020, en caso de no proceder su inadmisión.

Quinto. Pasando a continuación a examinar la decisión de excluir a la recurrente por incurrir en baja temeraria, y comenzando por la valoración del requisito de legitimación, debemos partir de su regulación en el Art. 48 LCSP, que señala que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias en las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, donde se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.



En el presente caso, la parte recurrente ha participado en el procedimiento de licitación, habiendo sido excluida, por lo que dispone de legitimación al ser interesada en la revocación del acuerdo impugnado conforme al artículo 48 LCSP.

Sexto. Sentado lo anterior, son dos las cuestiones de fondo que, sobre el acuerdo de exclusión se plantean, como se ha señalado en los antecedentes de hecho. La primera se refiere a la posibilidad de que se conceda al recurrente acceso al expediente, pues considera que es importante dicho acceso para poder motivar sus alegaciones y completar el recurso. Y en la segunda, la actora sostiene que su oferta no está incurso en baja temeraria, por lo que fue excluida indebidamente.

En cuanto a la primera de dichas cuestiones, la parte recurrente interesa acceder de forma plena al expediente, para poder fundamentar, en su caso, el recurso formulado.

A la vista de la documentación remitida a este Tribunal, resulta que la actora solicitó, en dos ocasiones, el acceso al expediente:

-La primera, en virtud de escrito de 10 de marzo de 2020, documento nº 20.1 EA, que fue denegada por el órgano de contratación con fundamento en la DA 3ª del RD 463/2020, pues en dicho momento no se había adoptado todavía el acuerdo de no suspensión del plazo para interponer recurso especial, por lo que la tramitación de la licitación se encontraba suspendida.

En concreto, la recurrente solicitaba acceso *“al informe emitido por el área técnica de ACUAES sobre la oferta presentada por la licitadora SACYR AGUA, S.L. por el cual no ha quedado justificada a satisfacción de la Sociedad Mercantil Estatal Aguas de las Cuencas de España, S.A., la oferta económica y debe considerarse con valores anormalmente bajos, excluyéndose de la clasificación por no haberse estimado la justificación sobre su viabilidad tras el trámite de audiencia”*.

Petición amparada en el Art. 52 LCSP y que no se realizó de forma genérica.

-La segunda, en virtud de correo de fecha 24 de marzo de 2020, documento nº 20.2 EA, y que fue aceptada por el órgano de contratación, remitiéndose por correo los documentos relevantes sobre la exclusión de la mercantil impugnante, tal y como resulta del documento nº 20.3 del EA. En el correo remitido por ACUAES se manifiesta no sólo que se envían dos archivos -la parte correspondiente a la valoración de su oferta del informe de valoración de ofertas técnicas e informe sobre la justificación de la oferta anormalmente baja presentada posteriormente por SACYR AGUA, S.A.- sino que se indica que *“la relación de licitadores, actas de las Mesa de Contratación y puntuación de sus ofertas, del expediente de contratación están publicadas en la Plataforma de Contratación del Sector Público y por tanto a su disposición”*

Visto lo anterior, debe anticiparse que no procede la concesión de vista del expediente de contratación, porque se considera un trámite innecesario.

Efectivamente, como ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones al pronunciarse sobre el alcance y funcionalidad del trámite de vista del expediente, se considera que el acceso no es necesario para la impugnación del recurrente o, “a contrario”, que su no acceso no determina indefensión. Así, en la Resolución 131/2015 indicábamos que “debe recordarse también que, como ya advirtió este Tribunal en la Resolución 852/2014:

“En tanto dicho acceso tiene un carácter meramente instrumental (vinculado a la debida motivación de la resolución como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, tal y como se ha dicho antes) y dado que la forma habitual de dar conocimiento a los interesados de la motivación del acto adjudicando el contrato es la notificación del mismo, no sería imprescindible dar vista del expediente al futuro reclamante más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar la reclamación, no obstante la motivación plasmada en la notificación.”

En esta misma línea, en la Resolución 248/2015 razonábamos como sigue:

“Alguno de los recurrentes también ha manifestado que el órgano de contratación no le ha permitido tener acceso al contenido completo del expediente incluso una vez efectuada la adjudicación, ocultándose, en particular, la documentación presentada por



la finalmente adjudicataria, con lo que no ha sido posible rebatir adecuadamente los argumentos de los técnicos en el recurso. Pues bien, tal derecho encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de fundamento al acto impugnado, por lo que debe ser considerado como de carácter subsidiario respecto de la obligación de notificar adecuadamente el mismo. En el caso que venimos contemplando a lo largo de esta resolución, la adjudicación, único acto impugnado por todos los recurrentes, ha sido notificado cumpliendo los requisitos del artículo 151.4 TRLCSP puesto que junto a la puntuación otorgada a cada uno de los licitadores se ha acompañado el informe de valoración, como así se deduce del propio conocimiento del mismo que ponen estos de manifiesto en sus escritos de recurso. En tales circunstancias, el órgano de contratación no está obligado a facilitar el acceso al expediente, salvo que la impugnación verse sobre aspectos no notificados. En cualquier caso, la solicitud de acceso formulada por alguno de los recurrentes, lo ha sido inadecuadamente por cuanto lo que se reclama es la remisión de copia de todo el expediente, obligación que la Ley no impone al órgano de contratación. En efecto, éste debe dar vista del expediente, en los casos en que proceda de conformidad con lo anteriormente indicado, pero en ningún caso el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público le impone la obligación de entregar copias. En consecuencia la presente alegación no puede prosperar.” (Resolución de 14 de julio de 2017, 634/2017)

Y entendemos que, en este caso, el acceso es innecesario porque, en primer lugar, a la recurrente, aunque se le denegó en un primer momento el acceso a un determinado documento - informe sobre la justificación de la oferta anormalmente baja presentada- por la suspensión del procedimiento de licitación provocada por el RD 463/2020, posteriormente, se le remitió dicho documento, además de la parte correspondiente a la valoración de su oferta del informe de valoración de ofertas técnicas. Y se le comunicó que el resto de documentación había sido publicada en la Plataforma de Contratación. Documentación que pudo tener en cuenta para la redacción del escrito de interposición de recurso especial, dado que éste fue presentado el 6 de abril de 2020 y la documentación se le proporcionó el 24 de marzo.

De manera que la recurrente no ha sufrido indefensión alguna y ha podido conocer todos los pormenores que se tuvieron en consideración a la hora de calificar su oferta como



incurra en baja temeraria. Incluso de las alegaciones que se contienen en el recurso presentado se puede inferir que la recurrente ha tenido acceso a la documentación necesaria como para considerar que el acto es motivado.

De lo anterior resulta que ha dispuesto de la información necesaria para articular sus pretensiones en esta sede. Por lo que no ha sufrido indefensión, dado que de forma directa o indirecta ha tenido conocimiento de los diferentes trámites y resoluciones del procedimiento. La recurrente ha tenido a su disposición los elementos de juicio necesarios para evaluar la posibilidad de interponer un recurso y fundarlo debidamente.

En consecuencia, se deniega el acceso al expediente en los términos solicitados.

Séptimo. Sobre la consideración de la oferta de la recurrente como incurra en baja temeraria, debemos partir del Art. 149.4 LCSP, que dispone que:

Artículo 149. Ofertas anormalmente bajas.

1. En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo.

2. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:

a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso,

determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente.

b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.

3. Cuando hubieren presentado ofertas empresas que pertenezcan a un mismo grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, aquella que fuere más baja, y ello con independencia de que presenten su oferta en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurren en unión temporal.

4. Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.

Concretamente, la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación podrá pedir justificación a estos licitadores sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:

a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.



b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras,

c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.

d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.

e) O la posible obtención de una ayuda de Estado.

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.

Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.

Podemos citar al respecto la Resolución 1228/2017 de 29 de diciembre, dada en el Recurso nº 1020/2017 C.A. Galicia 125/2017, o la Resolución 37/2017, de fecha 20 de enero de 2017, en la que señalábamos:

“Es también doctrina reiterada de este Tribunal la que sostiene que la apreciación de que la oferta tiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como

consecuencia de ello, y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiere presentado. De acuerdo con ello, la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática.

Por lo demás, “la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos. Evidentemente ni las alegaciones mencionadas ni los informes tienen carácter vinculante para el órgano de contratación, que debe sopesar adecuadamente ambos y adoptar su decisión en base a ellos” (Resoluciones 24/2011, de 9 de febrero, 72/2012, de 21 de marzo, o 121/2012, de 23 de mayo).

Por último, indicábamos también en la Resolución 142/2013 que “aun admitiendo que la forma normal de actuar en el mundo empresarial no es hacerlo presumiendo que se sufrirán pérdidas como consecuencia de una determinada operación, situación ésta que sólo se produciría si aceptamos los cálculos de costes de la recurrente, es claro también que entre las motivaciones del empresario para emprender un determinado negocio no sólo se contemplan las específicas de ese negocio concreto, sino que es razonable admitir que para establecer el resultado de cada contrato, se haga una evaluación conjunta con los restantes negocios celebrados por la empresa y que, analizado desde esta perspectiva, pueda apreciarse que produce un resultado favorable” (Resoluciones 24/2011, ya citada, y 303/2011, de 7 de diciembre de 2011).

De otra parte, tal y como razonábamos en la Resolución nº 465/2015, de 22 de mayo, con cita de la resolución de 23 de marzo de 2015 (resolución nº 269/2015), la finalidad de la legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados sin comprobar antes su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo.



En resumen, y como se refleja, asimismo, en la reciente Resolución nº 17/2016, de 15 de enero, no resulta necesario que por parte del licitador se proceda al desglose de la oferta económica, ni a una acreditación exhaustiva de los distintos componentes de la misma, sino que basta con que ofrezca al órgano de contratación argumentos que permitan explicar la viabilidad y seriedad de la oferta.

Esta doctrina exige demostrar que, gracias a las especiales soluciones técnicas, a las condiciones especialmente favorables de que disponga para ejecutar las prestaciones del contrato, a la originalidad de la forma de ejecución de las mismas que se proponga aplicar o a la posible obtención de ayudas, el licitador está en condiciones de asumir, al precio ofertado, las obligaciones contractuales que se propone asumir, con pleno respeto de las disposiciones relativas a la protección del medio ambiente y de las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que deba realizarse la prestación, todo lo cual en aras a demostrar que su oferta, pese a ser sensiblemente más baja que la de los demás licitadores, permite la futura viabilidad técnica y económica del contrato.

Aplicando los criterios anteriores al caso que nos ocupa, debe rechazarse que en el presente asunto se haya vulnerado la normativa vigente por parte del órgano de contratación.

Conforme al apartado primero del Art. 149 LCSP, la definición de oferta anormalmente baja debe contenerse en los pliegos, como aquí sucede, puesto que el apartado 15.2 del PCAP define las circunstancias que deben darse para que una oferta sea considerada como tal:

15.2 Ofertas con valores anormales.

Analizados los componentes de la oferta en conjunto se considera que el único parámetro objetivo válidamente utilizable, con las debidas exigencias de certeza a fin de determinar las posibles ofertas con valores anormales es el precio, por consiguiente, respecto a las ofertas económicas abiertas, de acuerdo con el art. 149.2 de la LCSP, se considerará inicialmente que estas no pueden ser cumplidas como consecuencia de valores anormales, cuando se den las siguientes circunstancias:



a).- Concurriendo un solo licitador, cuando su proposición económica relativa al precio total del contrato sea inferior al PBL total del contrato en más de 25 unidades porcentuales.

b).- Concurriendo dos licitadores, cuando la proposición económica relativa al precio total del contrato sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta competidora.

c).- Concurriendo tres licitadores, aquellas proposiciones económicas relativas al precio total del contrato que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.

d).- Cuando concurren cuatro o más licitadores, las proposiciones económicas que sean inferiores al valor correspondiente al noventa y cinco por ciento (95%) del presupuesto medio de las ofertas abiertas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que disten de dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media solo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado.

En los cálculos anteriores, se tendrá en cuenta lo previsto en los artículos 85.6 y 86 del RGLCAP.

Conforme a lo dispuesto en la Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, que publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019 que aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, el órgano de contratación rechazará aquellas ofertas anormalmente bajas que no cumplan las obligaciones aplicables en materia social o laboral.

A la vista de los antecedentes, Acuaes actuará de acuerdo con lo previsto en el art. 149, apartados 3 a 6, de la LCSP en lo concerniente a la exclusión por apreciación de que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales



o, en su caso, a la tramitación de las proposiciones y garantía complementaria a constituir (apartado 5 del Cuadro de Características).

Trasladando estas reglas al caso que nos ocupa, resulta que la oferta de la recurrente está incurso en el supuesto de la letra d) del apartado 15.2 PCAP, por lo que se le requirió la justificación de los siguientes extremos, documento nº 16.1 EA:

- 1.- Definición y valoración detallada de la plantilla y medios materiales propuestos.*
- 2.- Justificación de los precios unitarios a que se refiere el epígrafe 1 del Anejo II del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP), acompañado de ofertas originales de subcontratistas o suministradores de materiales cuando proceda.*
- 3.- Cualquier otra circunstancia que pueda reducir la repercusión de los gastos generales de estructura y costes indirectos imputables al Contrato.*

Existiendo baja temeraria, era necesario activar el procedimiento previsto en el Art. 149.4 LCSP, a pesar de lo que se dice por la recurrente. La recurrente presentó la documentación que consideró oportuna y la misma fue valorada en el Informe de análisis de la viabilidad de la proposición económica realizada por “SACYR AGUA S.L.”

En dicho informe se señala que no se han justificado al menos siete de los precios unitarios cuyo importe debiera demostrar SACYR, limitándose la licitadora a señalar que el importe de estos precios unitarios ya se contempla en la partida dedicada a “Gastos Generales”, partida que cuantifican en un 4,5% de los costes y que por tanto se eleva a 29.499,10 €/año y que convierten en el cajón de sastre al que imputar los precios unitarios no justificados.

Como señala el informe del órgano de contratación, sobre qué debe entenderse por “Gastos Generales de Estructura”, la JCCA en su Informe 50/2008, de 2 de diciembre, tiene señalado:

“De lo anterior se deduce que por gastos generales de estructura, tal y como los conceptúa el Reglamento en su artículo 131, debe entenderse aquellos que no tienen la consideración de coste (directo o indirecto) del servicio, por cuanto no dependen

directamente de la prestación de éste, siendo gastos derivados de la actividad general de la empresa contratista, Ello explica que junto a los gastos generales de estructura, pero separadamente de ellos, se enumeren los costes que inciden sobre la propia prestación objeto del contrato y demás derivados”.

Ello determina, en contra de lo que sostiene la recurrente, que existan dudas sobre si la mercantil excluida puede llevar a cabo la prestación del servicio. El apartado 3.1.2 del informe de análisis de viabilidad da contestación puntual a todas y cada una de las cuestiones planteadas por la recurrente, por lo que la decisión de la mesa de contratación contiene la necesaria motivación.

Por lo tanto, la oferta de la entidad recurrente se consideró injustificada, por su carácter anormal. En consecuencia, este Tribunal considera que la motivación de la consideración de la oferta como anormal que realiza el órgano de contratación se encuentra dentro de lo razonable y proporcionado, y que no adolece de errores materiales, arbitrariedad o discriminación que justifique su revisión, únicos extremos que, fuera de las normas de competencia y procedimiento, puede controlar este Tribunal por mor del respeto al principio de discrecionalidad técnica.

Por lo que este motivo debe ser también rechazado.

Octavo. Desestimado el recurso interpuesto frente al acuerdo de exclusión de la recurrente y confirmado el mismo, procede analizar ahora la impugnación que se efectúa frente al acuerdo de adjudicación.

Así, por lo que se refiere al recurso dirigido contra la adjudicación del contrato, debemos analizar, en primer lugar, si la recurrente cumple con el requisito de legitimación que se regula en el Art. 48 LCSP, que señala que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”.*

Como se ha señalado en los antecedentes de hecho de la presente resolución, la parte recurrente ha participado en el procedimiento de licitación, habiendo sido correctamente

excluida, por lo que no dispone de legitimación para recurrir el acuerdo de adjudicación, al carecer de interés legítimo para ello.

Su exclusión determina que no ostente la condición de licitadora de este procedimiento de contratación, no pudiendo en ningún caso resultar adjudicataria del mismo, razón por la que procede la inadmisión del presente recurso. En este sentido, podemos citar las resoluciones de este Tribunal 947/2019, de 14 de agosto, 858/2019 de 18 de julio, o 645/2019 de 13 de junio.

Desestimado el recurso contra la exclusión, carece el recurrente de legitimación para recurrir la adjudicación, pues en ningún caso podría resultar adjudicataria del contrato. Ello determinaría que no fuera necesario entrar a valorar las demás cuestiones que se plantean en el recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. J.A.M.M., actuando en nombre y representación de SACYR AGUA, S.L., contra la resolución por la que se acuerda la no suspensión del plazo para interponer recurso especial, y contra la resolución de adjudicación, y desestimar el recurso contra su exclusión de la licitación convocada por la Sociedad Mercantil Estatal Aguas de las Cuencas de España, S.A. (ACUAES), para contratar el *“servicio de explotación del Abastecimiento de agua a Cantabria”* (Expte.:ACE/901.01/19/EXPL/01),

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 58.2 de la LCSP.



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.