

**RECURSO 20/2023
RESOLUCIÓN 65/2023**

Resolución 65/2023, de 18 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se estima parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Dña. yyy, en nombre y representación de la mercantil FCC Aqualia, S.A., frente al acuerdo de adjudicación del contrato de gestión de los servicios de abastecimiento de agua, alcantarillado y depuración del municipio de Lerma (Burgos), expediente: 616/2017.

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- Mediante Acuerdo de 15 de diciembre de 2017 el Pleno del Ayuntamiento de Lerma aprueba el pliego de cláusulas administrativas (PCAP), de prescripciones técnicas (PPT) y el inicio del expediente de contratación del contrato de gestión de los servicios de abastecimiento de agua, alcantarillado y depuración –ciclo integral del agua- del municipio de Lerma (Burgos), acordándose su publicación en el perfil de contratante y en el Boletín Oficial de la Provincia (BOP), que tiene lugar el 8 de enero de 2018, en el que se corrige la redacción de la cláusula 14 relativa a los criterios de adjudicación, cláusula que es nuevamente corregida mediante Acuerdo del Pleno de 2 de febrero y publicada en el BOP el 13 de febrero de 2018.

La duración del contrato es de 10 años, prorrogable hasta 15.

Segundo.- El 30 de mayo de 2018 Dña. yyy, en nombre y representación de FCC Aqualia, S.A., interpone recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación efectuada mediante Resolución de 27 de abril de 2018 a la empresa Aquona Gestión de Aguas de Castilla, S.A.U.

Alega que la fórmula empleada para la valoración de la oferta económica es errónea, que no se ha seguido el procedimiento legalmente establecido ante una oferta incurso en presunción de temeridad, así como la falta de motivación de la adjudicación.

Tercero.- Por Resolución 67/2018, de 25 de julio, de este Tribunal se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por FCC Aqualia, S.A. contra la adjudicación del contrato de gestión de los servicios de

abastecimiento de agua, alcantarillado y depuración del municipio de Lerma (Burgos).

Cuarto.- Por sentencia nº 67/2020, de 16 de abril de 2020, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, Sección Primera, "se estima parcialmente el recurso contencioso administrativo registrado con el número 22/2019, interpuesto por la sociedad FCC-AQUALIA".

»Y, en virtud de esta estimación parcial, se anula la resolución 67/2018, de 25 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla Y León, así como la resolución de fecha 27 de abril de 2018 por el que se adjudica el contrato a la mercantil Aquona, Gestión de Aguas de Castilla, S.A.U., debiéndose retrotraer las actuaciones del procedimiento administrativo hasta el momento inmediatamente posterior a la apertura del sobre C) para que se proceda a la audiencia a los licitadores cuyas ofertas, en principio, pudieran ser temerarias o desproporcionadas, según hemos indicado en la fundamentación de esta sentencia, y solicitar el asesoramiento técnico del servicio correspondiente (de conformidad con lo recogido en el artículo 152 del Real Decreto Legislativo 3/2011), debiéndose seguir el procedimiento de adjudicación.

»Igualmente, se declara no ajustada al pliego de cláusulas administrativas la fórmula matemática utilizada para la valoración del criterio de adjudicación A), que se recoge en la cláusula 14 del pliego, debiendo emplearse la fórmula de la regla de tres directa conforme se indica en el fundamento de derecho octavo".

Posteriormente, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por Auto de 24 de junio de 2021, acuerda inadmitir el recurso de casación preparado por la representación del Ayuntamiento de Lerma contra la sentencia nº 67/2020, de 16 de abril de 2020, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, Sección Primera.

Quinto.- Cumplido el fallo de la sentencia, el Ayuntamiento de Lerma mediante acuerdo Plenario de 29 de diciembre de 2022 adjudicó el contrato administrativo de la gestión de los servicios de abastecimiento de agua, alcantarillado y depuración del municipio de Lerma a la licitadora Aquona, Gestión de Aguas de Castilla, S.A.U.

Sexto.- El 13 de febrero de 2023 Dña. yyy, en nombre y representación de la mercantil FCC Aqualia, S.A., interpone recurso especial en materia de contratación frente al mencionado acuerdo de adjudicación.

Séptimo.- Se han recibido en el Tribunal, tras varios requerimientos, el expediente y el informe del órgano de contratación de 9 de marzo de 2023 en el que se opone a la estimación del recurso.

Octavo.- El 14 de marzo de 2023 este Tribunal requiere al órgano de contratación para que, en el plazo señalado de dos días hábiles, complete el expediente según lo indicado y sea remitido a la sede electrónica de este Tribunal.

El 17 de marzo de 2023 el órgano de contratación remite la documentación requerida y aporta escrito de contestación a la solicitud de expediente de la recurrente de 17 de marzo de 2023 en el que se establece lo siguiente:

“(…) Manifiestarle, que el Secretario, como encargado del Registro Municipal de este Ayuntamiento le pondrá a su disposición el expediente en sus oficinas municipales y podrá estudiarlo en el local municipal que el propio Secretario le habilite, cuando allí se presenten, previo aviso de asistencia. Igualmente, desde la Secretaría se me manifiesta, que dicho expediente, sin documentación confidencial, también ha sido remitido al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, si es que desea revisarlo a través de las Oficinas de dicha Entidad”.

Noveno.- El 20 de marzo de 2023 este Tribunal requiere a la recurrente para que en un plazo de cinco días hábiles desista del proceso o proceda a completar su recurso.

El 3 de abril de 2023 Dña. yyy, en nombre y representación de la mercantil FCC Aqualia, S.A., tras la vista del expediente, procede a ampliar el recurso.

En la misma fecha este Tribunal requiere al órgano de contratación para que, “al amparo del artículo 28 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 el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, en el plazo señalado de dos días hábiles, remita a la sede electrónica de este Tribunal (www.cccyl.es) un

informe que deberá referirse a la tramitación del mismo, que contenga todas las alegaciones que en derecho se consideren adecuadas respecto del fondo de la cuestión planteada en el recurso”.

El 18 de abril de 2023 el órgano de contratación remite el informe requerido.

Décimo.- El 18 de abril de 2023 se confirió traslado del recurso a los licitadores a fin de que pudieran formular las alegaciones que estimasen convenientes a su derecho.

El 28 de abril de 2023 la licitadora adjudicataria Aquona Gestión de Castilla, S.A.U., presenta escrito alegaciones en el que, por los razonamientos expuestos, solicita la desestimación del recurso.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

3º.- El recurso se ha interpuesto frente al acuerdo de adjudicación de un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a tres millones de euros, susceptible, por tanto, de recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1.c) de la LCSP.

En este supuesto, como ya se indicó en la Resolución 67/2018 de este Tribunal, si bien el pliego de cláusulas administrativas particulares por el que se rige el contrato califica a éste como de gestión de servicios públicos, debe tenerse en cuenta que la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, desplazó el régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión, que actualmente se sustituye por el

contrato de concesión de servicios. El artículo 8 de la Directiva establece, a su vez, los umbrales de aplicación a las concesiones.

En este sentido, el documento de estudio presentado y aprobado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública el 1 de marzo de 2016 consideró que los artículos 46 y 47 de la Directiva 2014/23/UE, una vez vencido el plazo de su transposición al ordenamiento interno español, tenían un efecto directo, por lo que debía interpretarse que con su aplicación “se desplaza la previsión del artículo 40 TRLCSP que determina la competencia en los contratos de gestión de servicios públicos en función de los gastos de primer establecimiento y el plazo. Será el valor estimado del contrato el criterio para determinar la competencia del recurso especial”.

Estos contratos se consideran así sujetos a la Directiva de concesiones cuando el valor de la concesión, referenciado al volumen de negocios de la concesionaria durante la duración del contrato, sea igual o superior a la prevista en el artículo 8 de la Directiva 2014/23/UE. Este precepto fijaba como umbral el de 5.186.000 euros, pero el Reglamento Delegado (UE) 2015/2170, de la Comisión, de 24 de noviembre de 2015, lo elevó a 5.225.000 euros, que es el aplicable a esta concesión (desde el 1 de enero de 2018, tras los Reglamentos delegados de la Comisión de 18 de diciembre de 2017, se ha fijado en 5.548.000 euros).

El efecto directo de la Directiva de concesiones se aplica a los expedientes de contratación que se aprueben con posterioridad a la fecha de finalización del periodo de transposición, como ocurre en el presente caso, de acuerdo con la regla prevista en la disposición transitoria primera del TRLCSP (“Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato”).

De conformidad con lo establecido en el considerando 81 y en el artículo 46 (que modifica la Directiva 89/665/CEE) de la Directiva 2014/23/UE, el recurso especial en materia de contratación abarcará también a la concesión de servicios, por lo que, como se ha expuesto, se desplaza el sistema de determinación de la competencia establecido en el artículo 40.1.c) del TRLCSP, referido al concepto de gastos de primer establecimiento y duración, que ahora deberá reconducirse al valor estimado del contrato con los límites señalados.

Ahora bien, dada la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, habrá que estar a sus postulados en orden a la determinación de los actos recurribles, siendo así que el artículo 44.1 c) de dicho cuerpo legal señala que será susceptible de recurso especial en materia de contratación, los actos relativos a concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

En el presente caso, no ha sido fijado el valor estimado del contrato. No obstante, los cálculos efectuados a partir del proyecto de explotación, que establece una facturación municipal a los usuarios en el año 2016 por importe de 263.170 euros anuales, y la duración estimada del contrato, permiten sostener que se supera el umbral anteriormente señalado -aspecto este además que no fue ni ha sido discutido por parte de la administración local por lo que habrá que entender que comparte-.

Procede, por ello, admitir el recurso, ya que éste se interpone contra un acto y en relación con un contrato recurrible.

El recurso contra la adjudicación se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

4º.- La solución del recurso exige examinar, a la vista de la pretensión articulada, si concurre una incorrecta y arbitraria valoración de la justificación de la oferta de la adjudicataria -derivada de la falta de motivación del informe técnico- y si la adjudicación se ajusta al régimen jurídico de la contratación del sector público contenido en la LCSP y normativa de desarrollo, y a los pliegos, de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, que constituyen la ley de contrato, tal como viene afirmando reiteradamente nuestra jurisprudencia.

La entidad recurrente afirma en su recurso inicial y ratifica en la posterior ampliación que se "ha realizado un informe carente de absoluta motivación, en el que no se han justificado los aspectos de la oferta determinados en el artículo 153 del TRLCSP, sino que sólo se contienen unas declaraciones efectuadas por la adjudicataria con carácter genérico referentes a su `dilatada experiencia y capacidad de conseguir los objetivos expuestos´, datos que no acreditan la posibilidad de cumplir el contrato en las condiciones requeridas y que no permiten el análisis de la efectiva viabilidad de la oferta incurso en presunción de temeridad, por lo que se puede afirmar que adolece de falta de motivación."

Añade en el escrito de ampliación del recurso el “incumplimiento de la adjudicataria del PCAP y la incongruencia de la oferta presentada en materia de personal subrogable”.

El órgano de contratación en los mencionados informes se limita a solicitar que se “reproduzcan las alegaciones presentadas en su día contra el anterior recurso interpuesto por dicha empresa en el TARCYL, en el expediente 59/2018, estimado por ese Tribunal”.

Y afirma que “en este procedimiento, el Ayuntamiento ha cumplido escrupulosamente con la ejecución de la sentencia nº 67/2020 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos, Sección 1ª, en recurso nº 22/2019, retrotrayendo las actuaciones del procedimiento administrativo hasta el momento inmediatamente posterior a la apertura del sobre C, que procedió a dar audiencia a los licitadores participantes en dicho procedimiento, cuyas ofertas pudieran ser temerarias o desproporcionadas según se indica en los fundamentos jurídicos de dicha sentencia. Además, en cumplimiento de lo propuesto en el fallo de la sentencia, el Ayuntamiento procedió a nombrar un equipo de técnicos, de carácter externo al Ayuntamiento, formado por tres ingenieros (cuyos nombres constan al final del acta que se adjunta), a fin de que estudiaran lo requerido en la sentencia, nos asesoran al respecto de conformidad con lo recogido en el artículo 152 del Real Decreto Legislativo 3/2011, siguiendo el procedimiento de adjudicación. Abundar que el acuerdo de Pleno recurrido por FCC Aqualia, se ha basado en el informe externo solicitado por el Ayuntamiento, sin modificar dichos criterios. Consideramos que dicha insistencia en el recurso, se trata más de una guerra particular entre las empresas de Aqualia y Aquona, que además de a este Ayuntamiento, afecta a otros Ayuntamientos y Mancomunidades de Castilla y León y otras regiones de España, por el dominio de la Gestión Hidráulica, como probablemente ya conozca el propio TARCCYL”.

La mercantil adjudicataria manifiesta en su escrito de alegaciones que “la justificación de la viabilidad de su oferta se realiza sobre la oferta presentada en el año 2018” y que es suficiente, (...) “que no ha ofrecido ningún argumento que permita considerar que el juicio del órgano de contratación, teniendo por justificada su oferta, resulte infundado, (...) “que el acuerdo de adjudicación cumple los requisitos de motivación exigidos por el artículo 151.4 del TRLCSP”, que su oferta respeta lo dispuesto en los pliegos, y, finalmente, alega el incumplimiento del PCAP por parte de la recurrente.

Expuestas las posiciones de las partes, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aplicable a este contrato), regula, en su artículo 152, las ofertas con valores anormales o desproporcionados:

“1. Cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.

»2. 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.

»3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado.

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

»Si la oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, sólo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquél no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas. El órgano de contratación que rechace una oferta por esta razón deberá informar de ello a la Comisión Europea, cuando el procedimiento de adjudicación se refiera a un contrato sujeto a regulación armonizada.

»4. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior”.

Por otro lado, la reiterada doctrina de los tribunales de recursos contractuales considera que el hecho de que una oferta se encuentre en presunción de anormalidad constituye un mero indicio, sin que, en ningún caso, pueda dar lugar a su exclusión automática, sino que, necesariamente y en todo caso, el órgano de contratación debe iniciar un procedimiento contradictorio, dando audiencia al licitador para que pueda justificar satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos y que, por tanto, es susceptible de cumplimiento en sus propios términos y solo en caso contrario, cabe el rechazo de la oferta anormalmente baja y la exclusión del licitador oferente. (En este sentido, Resoluciones del Tribunal de Recursos Contractuales de Castilla y León 99/2021, de 14 de julio, 105/2019, de 18 de julio, o 83/2016, de 22 de diciembre).

Sobre el contenido y alcance de ese procedimiento contradictorio, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 357/2019, de 11 de abril, señala “que debe estar dirigido a destruir la presunción de anormalidad generada por la aplicación de los parámetros objetivos establecidos en el PCAP y a explicar de forma satisfactoria el bajo nivel de precio o costes propuestos, sin que sea necesario, en todo caso, 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 las explicaciones que objetivamente permitan amparar ese bajo nivel de precios o de costes y explicar la viabilidad del cumplimiento de la oferta en sus propios términos económicos. A la vista de dicha documentación, el rechazo de la oferta exige de una resolución ‘suficientemente motivada’ que desvirtúen las justificaciones del licitador o exprese sus carencias, inconsistencias, contradicciones u omisiones. Asimismo, hemos afirmado que ‘No corresponde a este Tribunal sustituir las valoraciones técnicas efectuadas por los órganos competentes de la Administración por juicios jurídicos, sino constatar si las decisiones técnicas administrativas están suficientemente motivadas y no incurren en ilegalidad o arbitrariedad’ (Res. nº 775, de 8 de septiembre, del

Recurso nº 638/2017). Por último, es también doctrina reiterada del Tribunal que la exhaustividad de la justificación aportada por el licitador habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta, por relación con el resto de ofertas presentadas. Y del mismo modo, a menor porcentaje de baja, menor grado de exhaustividad en la justificación que se ofrezca”.

A su vez, según criterio de este Tribunal (por todas Resoluciones 70/2021, de 20 de mayo, o 186/2019, de 5 de diciembre) “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. (...). De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, pudiendo ser esa motivación sucinta, a los efectos de que la mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, en su decisión, puedan razonar o fundar su decisión.

»De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada, cuando, como es el caso, no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, cabría calificarla de arbitraria, pues como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1984 “lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, mientras que lo arbitrario, o no tiene motivación respetable sino pura y simplemente la conocida como *sit pro rationes voluntas*, o la que ofrece es tal que escudriñando en su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación su carácter realmente indefendible y su inautenticidad. Por ello el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación, porque si no hay motivación que la sostenga el único apoyo de la decisión será la voluntad de quien la adopte”.

En este supuesto, el fundamento jurídico séptimo de la expresada sentencia nº 67/2020, de 16 de abril de 2020, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, Sección Primera establece:

“Viendo los criterios considerados en el pliego, la cláusula 14 del pliego, nos encontramos con que el único criterio valorable de forma objetiva es el criterio del precio (canon), puesto que todos los demás criterios (letra B) de esta cláusula 14) son criterios no evaluables de forma objetiva. Es cierto que el criterio que se recoge en la letra A) está subdividido en 2 apartados, pero ambos apartados se refieren al concepto amplio del precio, estando los dos directamente relacionados por este precio, que denomina canon anual, ya sea fijo, ya sea variable. La consecuencia es que el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, que no son otros sino los recogidos en el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 85 (Criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas)”.

“(…) Por tanto, precisado que es aplicable el artículo 85, nos encontramos con que han concurrido cuatro licitadores, por lo que se debe atender a lo recogido en el número 4 de este artículo, por lo que deben considerarse, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que supongan una variación en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. Sobre este particular no existe discrepancia entre las partes, al ser unos parámetros totalmente objetivos los que se deben tener en cuenta.

»Por tanto, en cuanto al canon anual variable, teniendo en cuenta que el promedio entre las ofertas es el de 0,1358, es indudable que, en principio, son desproporcionadas las ofertas de Aquona (0,241) y de FCC Aqualia (0,1825); y, en cuanto al canon anual fijo, teniendo en cuenta que el promedio es el de 18.700 euros, superan este promedio las ofertas de Aquona (26.800 €) y de Hidrogestión (19.000 euros). No es aplicable el criterio que recoge la Resolución 70/2015, de 30 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla Y León, por cuanto que debemos partir de unos criterios objetivos para determinar que en principio las ofertas son desproporcionadas o temerarias y, una vez aplicados estos criterios objetivos que se recogen en el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, proceder conforme indica el artículo 152 del Real Decreto Legislativo 3/2011, en cuanto que, antes de resolver sobre si procede o no procede excluir estas ofertas del proceso de adjudicación por desproporcionadas, se debe dar audiencia al licitador y se debe solicitar el asesoramiento técnico del servicio correspondiente, resolviendo en consecuencia.

»Por otra parte, no se acredita, a pesar de lo que dice el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla Y León, que el órgano de contratación haya tomado en consideración el estudio de viabilidad económico financiero presentado en el sobre C) de cada una de las ofertas para la viabilidad de las ofertas y si son adecuadas y razonables. Del acta de lectura de la valoración del sobre B y apertura del sobre C, celebrada el día 17 de abril de 2018, por la Mesa de Contratación, lo único que se desprende es que se procede a la apertura de este sobre C), obteniéndose los resultados que se indica en el acta y seguidamente se procede a sumar la puntuación de los sobres B) y C) expresando el resultado de esta suma y, a la vista de este resultado, se propone al Pleno la adjudicación del contrato a la empresa a la que ha adjudicado el mismo el Ayuntamiento. De este contenido no se aprecia para nada que esta Mesa de Contratación haya tenido en cuenta, ni estudiado, el estudio de viabilidad económica. Por otra parte, el Organismo Técnico Especializado Externo, no realiza ningún informe de ningún tipo respecto de las propuestas realizadas sobre el criterio de adjudicación A) (criterios evaluables económicamente), sino que el informe que realiza es exclusivamente respecto del criterio de adjudicación B) (Criterios no evaluables mediante fórmulas).

»Por tanto, conforme a lo dicho, procede declarar nula la resolución administrativa impugnada y los acuerdos de adjudicación del contrato, con la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente posterior a la apertura del sobre C)».

El fallo de la mencionada sentencia estimó parcialmente el recurso presentado por la actual recurrente "y, en virtud de esta estimación parcial, se anula la resolución 67/2018, de 25 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, así como la resolución de fecha 27 de abril de 2018 por el que se adjudica el contrato a la mercantil Aquona, Gestión de Aguas de Castilla, S.A.U., debiéndose retrotraer las actuaciones del procedimiento administrativo hasta el momento inmediatamente posterior a la apertura del sobre C) para que se proceda a la audiencia a los licitadores cuyas ofertas, en principio, pudieran ser temerarias o desproporcionadas, según hemos indicado en la fundamentación de esta sentencia, y solicitar el asesoramiento técnico del servicio correspondiente (de conformidad con lo recogido en el artículo 152 del Real Decreto Legislativo 3/2011), debiéndose seguir el procedimiento de adjudicación".

En este supuesto resulta acreditado -y así lo reconoce la propia recurrente- que el órgano de contratación, en cumplimiento de la tan citada

sentencia, anuló la adjudicación, ordenó retrotraer las actuaciones hasta el momento inmediatamente posterior a la apertura del sobre C) y siguió el procedimiento regulado en el artículo 152 del Real Decreto Legislativo 3/2011.

En este sentido, consta en el expediente el cumplimiento de los siguientes trámites:

-Requerimiento a las tres licitadoras incurso en presunción de anormalidad para justificar la baja temeraria (documentos 77.1, 78.1 y 79.2). Conviene poner de manifiesto que, si bien el órgano de contratación ha requerido una justificación genérica de la baja anormal a las licitadoras Aqualia, Aquona e Hidrogestión, el informe técnico del comité de expertos, que obra en el expediente (documento 88) concluye lo siguiente:

“Una vez identificadas las proposiciones desproporcionadas o anormales y en base al artículo 152.3 de la Ley de Contratos, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que la justifique, siendo el único licitador incurso en esta situación:

»AQUONA GESTION DE AGUAS DE CASTILLA S.A.U.: incurso en cuanto al canon anual fijo y en cuanto al canon anual variable.

»Con fecha 16 de junio de 2022 y con la finalidad de dar cumplimiento a la citada sentencia, el Ayuntamiento de Lerma se anticipa al resultado del presente informe técnico y solicita la justificación de la baja temeraria a las empresas:

»- AQUONA GESTION DE AGUAS DE CASTILLA, S.A.U.

»- FCC AQUALIA, S.A.

»-HIDROGESTION, S.A.

»Presentando la justificación las empresas de AQUONA GESTION DE AGUAS DE CASTILLA, S.A.U., con fecha 01 de julio de 2022 y FCC AQUALIA, S.A., con fecha 30 de junio de 2022, constando dicha documentación en el expediente administrativo.

»En relación a estas justificaciones presentadas (previas a la redacción del presente informe) y con la finalidad de no dilatar el cumplimiento de la sentencia, se aceptan y se pasan a valorar en el siguiente apartado.

»En el caso de HIDROGESTION S.A., no presenta justificación alguna, si bien del apartado anterior NO se le identifica como oferta anormal o desproporcionada, por lo que no cabe su exclusión del procedimiento.

- Justificación presentada por las licitadoras Aqualia y Aquona en el plazo requerido (documento 81 y documento 82).

- Resolución del órgano de contratación de 11 de octubre de 2022 por la que se nombra un Comité de expertos "para dirimir los criterios no evaluables mediante fórmula del apartado B de la Cláusula 14 del Pliego de Condiciones y la posterior documentación presentada tras la Sentencia del Contencioso Administrativo (..)" (documento 86).

- Informe técnico del Comité de Expertos de 24 de noviembre de 2022 (documento 88).

- Acuerdo del órgano de contratación adjudicando el contrato a la licitadora Aquona Gestión de Aguas de Castilla, S.A.U."

La mercantil recurrente considera que el informe técnico del comité de expertos carece de motivación al no analizar la efectiva viabilidad de la oferta incurso en presunción de temeridad de la adjudicataria.

El informe del comité de expertos en su apartado tercero relativo a la "relación a la valoración de la justificación realizada para que la oferta presentada pueda ser cumplida, que en caso desfavorable se propondrá su exclusión del proceso de selección" establece:

"Examinada la oferta presentada por Aquona Gestión de Aguas de Castilla, S.A.U. en los diferentes sobres:

»-Sobre A: Documentación Administrativa

»-Sobre B: Documentación Técnica

»1. Proyecto de organización y gestión del servicio propuesto.

»1.1.- Medios personales adscritos al servicio.

»1.2.- Medios materiales y técnicos adscritos al Servicio.

»1.3.- Metodología de gestión y mejora del Servicio.

»1.3.1.- Plan de explotación, mantenimiento y conservación de las instalaciones.

»1.3.2.- Plan de control de calidad del agua potable. R.D. 140/2003.

»1.3.3.- Plan de mejora del balance hidráulico del sistema de agua potable. 1.3.4.- Plan de control de la calidad del servicio.

»1.4.- Gestión del ciclo comercial y atención al usuario.

»1.4.1.- Plan de gestión comercial. Atención al usuario.

»1.4.2.- Plan de información y sensibilización.

»2. Plan de necesidades y mejoras del servicio.

»- Sobre "C": Proposición económica, con su estudio económico - financiero del servicio.

»- No se hace referencia a la posible obtención de ayuda alguna por parte del Estado.

»Por todo lo expuesto anteriormente se considera que por parte de la mercantil: AQUONA GESTION DE AGUAS DE CASTILLA S.A.U., reúne las condiciones necesarias para poder cumplir con la oferta presentada.

La resolución de adjudicación se limita a reproducir el contenido del citado informe técnico para avalar la viabilidad de la oferta de la adjudicataria.

Este Tribunal ha señalado, de forma reiterada, entre otras en la reciente Resolución 188/2022, que "no es preciso que los informes técnicos contengan razonamiento exhaustivo y pormenorizado, bastando con que sea racional, así como de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser por ello sucintos siempre que sean suficientes (STC 37/1982, de 16 junio, SSTs de 9 junio 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo 1998, 25 de mayo 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 enero 2000). Igualmente es preciso reiterar la validez de la motivación in aliunde o por remisión a documentación obrante en el expediente y accesible a los interesados".

Lo cierto es que en el presente supuesto no concurren ninguno de estos requisitos. El informe del comité técnico de expertos se limita a manifestar que examinada la oferta presentada por Aquona Gestión de Aguas de Castilla, S.A.U., en los diferentes sobres, reúne las condiciones necesarias para poder cumplir con la oferta presentada.

Por tanto, resulta acreditado que el informe técnico emitido no detalla, ni siquiera mínimamente, los motivos por los que se entiende acreditada la viabilidad de la oferta de la adjudicataria. El citado documento no permite conocer las razones por los que se considera viable la oferta de la adjudicataria ni faculta a este Tribunal para resolver los incumplimientos alegados por la recurrente en materia del coste del personal a subrogar.

Resulta imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, en su decisión, puedan razonar o fundar su decisión.

Esta circunstancia no concurre en este supuesto. Por ello, resulta necesario que se emita un nuevo informe técnico en el que, a la vista de la oferta y la justificación presentada por la adjudicataria, se motive la viabilidad o no de la misma. No es preciso que el nuevo informe técnico contenga un razonamiento exhaustivo y pormenorizado, basta con que sea racional y suficiente.

Conviene recordar que la ausencia de informe técnico fue uno de los motivos por los que se anuló la anterior adjudicación, tal y como establece el fundamento jurídico séptimo de la expresada sentencia 67/2020, de 16 de abril de 2020: "Por otra parte, no se acredita (...) que el órgano de contratación haya tomado en consideración el estudio de viabilidad económico financiero presentado en el sobre C) de cada una de las ofertas para la viabilidad de las ofertas y si son adecuadas y razonables. Del acta de lectura de la valoración del sobre B y apertura del sobre C, celebrada el día 17 de abril de 2018, por la Mesa de Contratación, lo único que se desprende es que se procede a la apertura de este sobre C), obteniéndose los resultados que se 26 indica en el acta y seguidamente se procede a sumar la puntuación de los sobres B) y C) expresando el resultado de esta suma y, a la vista de este resultado, se propone al Pleno la adjudicación del contrato a la empresa a la que ha adjudicado el mismo el Ayuntamiento. De este contenido no se aprecia para nada que esta Mesa de Contratación haya tenido en cuenta, ni estudiado, el estudio de viabilidad económica".

Por otro lado, la citada sentencia establece que "Por tanto, en cuanto al canon anual variable, teniendo en cuenta que el promedio entre las ofertas es el de 0,1358, es indudable que, en principio, son desproporcionadas las ofertas de Aquona (0,241) y de FCC Aqualia (0,1825); y, en cuanto al canon

anual fijo, teniendo en cuenta que el promedio es el de 18.700 €, superan este promedio las ofertas de Aquona (26.800 €) y de Hidrogestión (19.000 €)”.

El informe técnico del comité de expertos, en cuanto al canon variable, señala un promedio de las ofertas distinto al recogido en la sentencia (0,1358 euros), concretamente, 0,1621 euros, y considera que, aplicando los criterios del artículo 85 del del Real Decreto 1098/2001, únicamente se encuentra en baja anormal o desproporcionada la licitadora Aquona, S.A.U. Por tanto, debe comprobarse este extremo.

Por lo expuesto, la falta de motivación conduce a estimar el recurso en este punto y, en consecuencia, a anular la resolución de adjudicación y a ordenar la retroacción del procedimiento al momento anterior a la emisión del informe al que se refiere el artículo 152.3 de la anterior LCSP, a fin de que se emita de nuevo informe técnico que valore la viabilidad de la oferta de la adjudicataria, incurso en presunción de anormalidad, incluyendo una valoración, tanto del cumplimiento de los requisitos mínimos fijados en el PCAP y el PPT, como de las circunstancias que permitan apreciar la viabilidad de la oferta en relación con el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación (artículo 152.3 de la anterior LCSP).

La estimación de esta alegación -que anula la adjudicación- supone que no sea necesario valorar el resto de motivos de impugnación.

Finalmente, conviene precisar que la resolución de adjudicación impugnada señala únicamente la valoración obtenida por los licitadores en los criterios evaluables económicamente regulados en cláusula 14.A del PCAP (hasta 46 puntos). Sin embargo, omite las puntuaciones atribuidas a los licitadores en los criterios no evaluables mediante fórmulas regulados en la cláusula 14.B del PCAP (hasta 54 puntos) y sus justificaciones.

La cláusula 14.B del PCAP establece:

“Criterios no evaluables mediante fórmulas: hasta 54 puntos.

»B.1.- Medios personales adscritos al Servicio: hasta 10 puntos.

»Se valorará la inclusión de personal cualificado, sin perjuicio del mínimo obligatorio establecido en la cláusula 11, para atender los servicios, así como la dedicación y disponibilidad.

»B.2.- Medios materiales y técnicos adscritos al Servicio: hasta 10 puntos.

»Se valorará la calidad de los medios y la propuesta de resolución de los problemas que puedan originarse.

»B.3.- Metodología de gestión y mejora del servicio hasta 10 puntos.

»Se valorarán las propuestas que incidan en un mejor funcionamiento del servicio.

»B.4.- Gestión del ciclo comercial y atención al usuario: hasta 4 puntos.

»Se valorará la calidad de las propuestas que proporcionen una mejor atención al usuario.

»B.5.- Plan de necesidades y mejoras del servicio: hasta 10 puntos.

»Idoneidad del plan de necesidades y mejoras del servicio a realizar durante la vigencia de la concesión, valorando su aspecto técnico.

»B.6.- Rapidez de respuesta ante cualquier incidencia: hasta 10 puntos,

»Se valorará la rapidez en la respuesta ante cualquier emergencia o avería que presente el servicio. Se pondrá relevancia en el hecho de realizar las actuaciones en periodo nocturno o de baja demanda del servicio de abastecimiento”.

Es cierto que la valoración de estos criterios dependientes de un juicio de valor y su motivación obran en el informe contenido en el documento 29 del expediente. Ahora bien, es necesario que se expresen en la resolución de adjudicación para calcular la valoración total que corresponde a cada licitador y justificar así la adjudicación. Por tanto, al ser los criterios regulados en la cláusula 14.B del PCAP elementos determinantes de la adjudicación, la posibilidad de proceder a la impugnación de la adjudicación realizada requiere tener conocimiento de las puntuaciones atribuidas en cada uno de estos criterios, así como una información sucinta de la causa de la atribución de tal puntuación. No constando esta información en el acuerdo de adjudicación, debe tenerse por insuficientemente motivado. Por ello, este defecto formal debe subsanarse en la nueva resolución de adjudicación.

En su virtud y al amparo de lo establecido en los artículos 59 LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

III RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Dña. yyy, en nombre y representación de la mercantil FCC Aqualia, S.A., frente al acuerdo de adjudicación del contrato de gestión de los servicios de abastecimiento de agua, alcantarillado y depuración del municipio de Lerma (Burgos), expediente: 616/2017, que se anula, y ordenar la retroacción del procedimiento al momento anterior a la valoración de las ofertas incursas en presunción de anormalidad.

SEGUNDO.- Notificar la resolución a todos los interesados en el procedimiento.

TERCERO.- El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta Resolución.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k de la LJCA).

“DOCUMENTO FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE”