

Rosa Ana Prada Queipo, secretaria do Concello de Ames (A Coruña)

Certifico: Que o Pleno do Concello de Ames, na súa sesión ordinaria celebrada o día 29 de maio de 2017, adoptou entre outros, o acordo que copiado é do teor literal seguinte:

Punto Quinto.- Resolución dos recursos de reposición e alegacións presentadas aos acordos plenarios de 29 de decembro de 2016 e 14 de febreiro de 2017, de adxudicación da xestión do servizo público Ciclo Integral da Auga do Concello de Ames e de solicitude de informe a Idom Consulting Engineering Architecture SAU, respectivamente.

En relación a este punto figura no expediente informe conxunto da Asesoría Xurídica e a Secretaría Municipal do teor literal seguinte:

INFORME DA ASESORÍA XURÍDICA MUNICIPAL E DE SECRETARIA XERAL

ASUNTO: *Recursos de reposición e alegacións ao acordo plenario de 29 de decembro de 2016 de adxudicación da xestión do servizo público Ciclo Integral da Auga do Concello de Ames e ao acordo plenario de 14 de febreiro de 2017 de suspensión de inicio da prestación do servizo e de solicitude de informe á Idom Consulting Engineering Architecture, S.A.U.*

ANTECEDENTES DE FEITO

I.- Por acordo plenario de data 28 de abril de 2016 o Concello de Ames presta aprobación á licitación da xestión do servizo público Ciclo Integral da Auga do Concello de Ames, procedemento aberto, oferta mais vantaxosa, varios criterios de adxudicación, mediante a modalidade de concesión administrativa, por un prazo de 2+1+1 (ata un máximo de 4 anos, incluíndo período inicial e prórrogas).

II.- En sesión plenaria de 24 de novembro de 2016, procédese á clasificación de ofertas presentadas e declaradas admitidas na licitación, conforme á proposta que formula a Mesa de Contratación; cumpre recordar que en sesión plenaria de 8 de setembro de 2016 foi excluída unha das empresas licitadoras.

III.- En sesión plenaria de 29 de decembro de 2016, acordouse a adxudicación á entidade mercantil Espina & Delfin, S.L., da licitación da xestión do servizo público Ciclo Integral da Auga do Concello de Ames, sendo subscrito o correspondente contrato o 27 de xaneiro de 2017.

IV.- Contra dito acordo plenario se presentaron os seguintes recursos de reposición:

- a) Con data 24 de xaneiro de 2017, rexistro de entrada 619, pola entidade Espina Obras Hidráulica S.A. y Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense S.A. UTE (a constituír).

Neste recurso se discute, en síntese, a infracción do principio de transparencia e o dereito de acceso á información e defensa por parte do licitador non adxudicatario; o incumprimento na oferta do adxudicatario de parte das prescricións esixidas nos pregos de licitación; a inviabilidade económica da proposta e a insostenibilidade do modelo financeiro do adxudicatario, coa conseguinte baixa desproporcionada ou anormal.

Remata o recorrente solicitando a suspensión da execución da resolución recorrida e interesando, como pronunciamentos de fondo, a nulidade do acordo de adxudicación, a exclusión de Espina & Delfin, S.L. do procedemento, e a retroacción de actuacións ao momento inmediatamente anterior á adopción do acordo de adxudicación.

- b) En data 7 de febreiro de 2017, rexistro de entrada número 1074, pola entidade Acciona Agua S.A.U.

Neste recurso se discute, en síntese, a vulneración do principio de publicidade e transparencia no acceso á documentación presentada polo adxudicatario; que o informe técnico de valoración elaborado pola consultora contratada polo Concello para a avaliación de determinados aspectos das ofertas (Idom Consulting Engineering Architecture, S.A.U.) vulnera os principios de non discriminación e igualdade de trato, beneficiando á adxudicataria en detrimento do resto das licitadoras; que a licitadora Espina Obras Hidráulicas S.A. - Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense S.A. (UTE a constituír), segunda clasificada, plantea erroneamente a súa oferta ao partir de datos que non corresponden; que a oferta da adxudicataria Espina & Delfin, S.L. incumpe as condicións económicas de amortización dos pregos. Conclúe que, como consecuencia do exposto no recurso, procede a exclusión da adxudicataria e da licitadora clasificada en segundo lugar, de onde desprende a nulidade do acto de adxudicación; e solicita a suspensión dos efectos do acto de adxudicación mentres non se resolva o recurso de reposición.

V.- *Por acordo do Pleno do Concello de Ames de 14 de febreiro de 2017 se resolve a admisión a trámite dos dous recursos de reposición presentados, e se decide suspender o inicio da prestación do servizo que resulta do contrato suscrito coa adxudicataria o 27 de xaneiro de 2017.*

Ao mesmo tempo se acorda, entre outros extremos, solicitar informe á entidade Idom Consulting Engineering Architecture S.A.U., sobre determinados extremos dos recursos, dar traslado dos recursos presentados á adxudicataria (Espina & Delfin, S.L.) e á segunda clasificada aludida no recurso de Acciona Agua S.A.U. (Espina Obras Hidráulicas S.A. - Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense, S.A. (UTE a constituír)) a fin de que puideran formular as alegacións que estimasen oportunas.

VI.- *Pola entidade Idom Consulting Engineering Architecture S.A.U., se presentou informe con data 24 de marzo de 2017, RE 2840, aclarado á solicitude do Concello por un posterior informe de data 5 de abril de 2017, RE 3406 de 7 de abril de 2017.*

Espina & Delfin, S.L. presentou sendos escritos de alegacións en data 1 de marzo de 2017 (con rexistro de entrada números 1927 e 1926), nos que formula alegacións aos recursos de Acciona Agua, S.A.U. e Espina Obras Hidráulicas S.A. Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense, S.A., UTE (a constituír), respectivamente.

Espina Obras Hidráulicas S.A. y Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense, S.A., UTE (a constituír), pola súa parte, presenta escrito de alegacións ao recurso de Acciona Agua S.A.U. en data 1 de marzo de 2017, con rexistro de entrada número 1933.

VII.- *Espina & Delfin, S.L. formula mediante escrito presentado o 27 de febreiro de 2017, con rexistro de entrada número 1866, recurso de reposición contra o acordo plenario de 14 de febreiro de 2017, no referente ao punto polo que se acorda suspender o inicio da prestación do servizo, alegando, en síntese, que non procede tal suspensión.*

VIII.- *Acciona Agua, S.A.U. presenta un escrito de alegacións o 3 de marzo de 2017 mediante rexistro de entrada 2057 ao acordo plenario de 14 de febreiro de 2017, no relativo á solicitude de informe á entidade Idom Consulting Engineering Architecture, S.A.U., ao entender que a mesma carece da solvencia técnica necesaria para poder emitir o informe interesado polo Concello, dubidando da súa imparcialidade ao haber emitido xa un previo informe durante o período de valoración de ofertas que é, precisamente, cuestionado no recurso de Acciona Agua S.A.U., e discutindo o procedemento de contratación seguido para efectuar tal solicitude de informe.*

IX.- *A pesares de tratarse de recursos e alegacións distintos, e incluso contra actos dispares, na medida en que os mesmos teñen como nexo común o procedemento de licitación da xestión do Ciclo Integral da Auga do Concello de Ames e están intimamente conectados entre si, se considera oportuno avaliar todos estes recursos e alegacións nun mesmo informe, sen perxuízo da necesaria individualización á hora de analizar os concretos argumentos expostos polas partes.*

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Real Decreto Lexislativo 3/2011, de 14 de novembro, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público (TRLCSP).

Real Decreto 1098/2001, de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento Xeral da Lei de Contratos das

Administracións Públicas

Lei 39/2015, de 1 de outubro, de Procedemento Administrativo Común das Administracións Públicas.

INFORME

A.- RECURSO DE ESPINA OBRAS HIDRÁULICAS S.A. Y SOCIEDAD DE FOMENTO AGRÍCOLA CASTELLONENSE, S.A. UTE (A CONSTITUÍR) CONTRA O ACORDO PLENARIO DE 29 DE DECEMBRO DE 2016, POLO QUE SE ADXUDICA A XESTIÓN DO SERVIZO PÚBLICO CICLO INTEGRAL DA AUGA DO CONCELLO DE AMES.

Primeiro.- Con carácter previo ao estudo das cuestións plantexadas neste recurso, debemos analizar a alegación de falta de lexitimación activa que argumenta Espina & Delfín, S.L., no seu escrito de alegacións ao recurso de reposición, xa que por razóns obvias, de estimarse a concorrencia desta causa de inadmisibilidade do recurso, non sería necesario entrar nas cuestións plantexadas no mesmo.

En síntese, Espina & Delfín S.L., basea a súa alegación no feito de que tanto o TRLCSP como o propio prego de condicións administrativas particulares que rexeron a licitación recollen a posibilidade de que concorran á licitación unións temporais de empresarios, sen que sexa necesaria a formalización de tal unión en escritura pública ata que se tivera efectuada a adxudicación do contrato o seu favor. De aí deducen que, no momento actual, no que o contrato xa foi adxudicado, a UTE para poder intervir, debe estar debidamente constituída en escritura pública sen que a persoa designada durante a licitación como futuro representante legal da UTE poda, nesta fase, actuar en nome e representación das entidades que se compromeron á constitución en unión temporal de empresas.

Este argumento non pode ser acollido por varios motivos. En primeiro lugar, porque a propia dicción literal do artigo 59 TRLCSP condiciona a constitución en escritura pública da UTE ao momento no que se tivera efectuada a adxudicación do contrato o seu favor; adxudicación que non se verificou ao non tratarse do licitador mellor clasificado. De onde, a contrario sensu, non a lugar a exixir tal constitución.

En segundo lugar, porque a interdicción da indefensión, como consecuencia do dereito fundamental recollido no artigo 24 CE, exige que se recoñeza lexitimación a calquera licitador que houberse intervido no concurso para que poida cuestionar o resultado do mesmo e solicitar a revisión da decisión administrativa de adxudicación, no caso no que a mesma puidera ser contraria a dereito. Non resulta lóxico recoñecer lexitimación a unha persoa ou entidade, anque sexa a constituír, para participar no procedemento de licitación e logo negárla á hora de cuestionar o resultado do mesmo. Análogo razoamento debe efectuarse no que se refire á representación procedimental de dita entidade: recoñecida e consentida polo resto dos licitadores a intervención de don Andrés Baluja Plaza en nome e representación da UTE a constituír, non pode agora negarse tal representación en vía de recurso.

E, en terceiro lugar, a Lei 39/2015 de 1 de outubro, de Procedemento Administrativo Común das Administracións Públicas, recoñece expresamente no seu artigo 3 capacidade de obrar ante as administracións públicas aos grupos de afectados, unións e entidades sen personalidade xurídica e os patrimonios independentes ou autónomos, nos casos nos que a lei así o declare expresamente, como fai o art. 59 TRLCSP; entendendo como interesados no art. 4, entre outros, a quen sen ter iniciado o procedemento teñan dereitos que podan resultar afectados pola decisión que no mesmo se adopte.

Procede, por estos motivos, rexeitar a alegación de falta de lexitimación activa do recurrente, debendo entrarse nas cuestións de fondo contidas no seu recurso.

Segundo.- Pola recurrente se discute, en primeiro lugar, que se ten producido unha infracción do principio de transparencia e unha vulneración dos dereitos de acceso á información e defensa do licitador non adxudicatario, que ven a concretar, en síntese, no seu xuízo excesivo alcance da confidencialidade recoñecida á oferta do licitador adxudicatario.

Ao respecto debe díxirse que non cabe dubida de que a Lei recoñece o dereito de confidencialidade das ofertas dos licitadores no art. 140 TRLCSP. Este dereito, que ten as súas raíces na protección do know how e nos intereses comerciais das empresas concorrentes ao procedemento de contratación en orden á protección das vantaxes competitivas que a súa experiencia e práctica empresarial lle poda outorgar, ten como limitación o dereito de defensa dos licitadores non adxudicatarios. De tal forma que o respecto á confidencialidade das ofertas non pode supoñer nunca unha mingua do dereito de defensa dos licitadores á hora de analizar e cuestionar as decisións adoptadas dentro do procedemento de adxudicación dos contratos.

Os límites á declaración de confidencialidade das ofertas son uns límites de carácter instrumental, supeditados á necesidade de acceder á información por parte dos licitadores non como un dereito autónomo en sí, senon soamente na medida en que lle permita exercer o seu dereito de defensa da maneira máis ampla posible. Por elo, a declaración de confidencialidade aceptada polo órgano de contratación non operará como causa de nulidade autónoma do procedemento de contratación, senon soamente na medida en que dita confidencialidade supoña para a parte que se opón unha vulneración efectiva do seu dereito de defensa e lle provoque indefensión.

No caso que nos ocupa, a recorrente, pese á invocación de que o alcance da declaración de confidencialidade da oferta do adxudicatario restrinxe as súas opcións de defensa, articula un amplo e fundado recurso no que non se acerta a ver limitación de alcance algunha. En efecto, a recorrente entra nas cuestións de fondo do asunto con total liberdade, as cuestiona de modo prolixo e con todo tipo de detalles e argumentos.

A declaración de confidencialidade da oferta do adxudicatario (que, paradóxicamente, coincide no seu alcance coa propia declaración de confidencialidade que a recorrente pretende para a súa propia oferta), non xenera ningún tipo de indefensión material, sen que, por ilo, podan derivarse de ela as consecuencias pretendidas no recurso de reposición, que debe ser desestimado no que a este particular se refire.

Terceiro.- Continúa a recorrente invocando que a proposición da adxudicataria non se axusta ao previsto no Prego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adiante PCAP), que rexeron a licitación, polo que debería haber determinado a súa exclusión.

En concreto, este desaxuste co PCAP se concreta pola recorrente na asunción pola adxudicataria, nos seus estudos de suficiencia e sostenibilidade, de datos relativos a abastecemento e saneamento do exercicio 2015 non coincidentes cos datos reais, segundo foron publicados polo Concello. Así, en concreto, estes datos reais son de 1.457.399 m³ de abastecemento e 1.361.895 m³ de saneamento, mentres que os considerados pola adxudicataria son, respectivamente, 1.409.067 m³ e 1.379.998 m³.

No seu escrito de oposición ao recurso, a adxudicataria Espina & Delfin S.L., alega que o Prego de Prescricións Técnicas (PPT), no seu apartado 8.1.9, establece a non facturación pola auga da que poda dispoñer o Concello para o rego de xardíns, limpeza viaria, servizos municipais, locais e dependencias do propio Concello, piscinas, colexios, centro de saúde, etc. Á vez, preceptúase que o concesionario non facturará cantidade algunha ao Concello polo servizo de alcantarillado e depuración. Que na súa oferta axusta os consumos facturables atendendo a estas limitacións, máis unha estimación de incremento de consumos ao longo do ano.

Pola súa parte, Consulting Engineering Architecture S.A.U. (en adiante IDOM), entidade contratada polo Concello para o análise da congruencia dos estudos económico-financeiros cuestionados nos recursos que nos ocupan, emitiu informe en data 24 de marzo de 2017 no que, con relación a este particular, manifesta que si ben é certo que a previsión de volume a facturar por Espina & Delfin, S.L., non coincide exactamente cos datos do padrón de 2015, esta previsión responde ao desconto dos consumos do Concello, que están exentos, e se considera como unha previsión razoable e explicada polo adxudicatario na súa hipótese. A diferenza resulta ademais desdeñable (0,43% en abastecemento e 1,33% en saneamento e depuración).

De conformidade co alegado pola adxudicataria e informado por Idom, a diferenza real entre os datos dos padróns do ano 2015 e os contidos na oferta da adxudicataria non resulta relevante desde o punto de vista do análise da sostenibilidade do servizo, que é a finalidade última do estudo económico e financeiro do licitador. É importante suñar que estes estudos non son auditorías do servizo, nin a súa finalidade é efectuar un análise exhaustivo e detallado do mesmo, senon só xustificar de modo razoable que a oferta do licitador é sostible. Tendo presente isto, é evidente que unha desviación de tan escasa magnitude non pode viciar o estudo, nin afectar ao resultado final do mesmo de modo significativo como para entender invalidadas as súas conclusións. Tampouco parece que poda ter relevancia na puntuación final outorgada ás ofertas dos

licitadores.

A elo debe engadirse que o propio PCAP prevé que o Concello en ningún caso asumirá responsabilidade sobre as previsións de crecemento realizadas polos licitadores (cláusula 40.IV), polo que calquera erro en relación ás mesmas entra dentro da lóxica do risco e ventura do concesionario e debe ser afrontado polo licitador adxudicatario sen que exista repercusión algunha aos intereses xerais.

Procede, desestimar o recurso neste punto.

Cuarto.- *Como seguinte motivo de impugnación, a recorrente alega a existencia de baixas desproporcionadas ou anormais na oferta do adxudicatario, asociada á inviabilidade da proposta e a insostenibilidade do modelo financeiro.*

Así, en síntese e baixo un epígrafe tan amplo o que ven a aducir a recorrente é que a oferta de ESPINA & DELFÍN, S.L., non é correcta posto que non imputa determinados custes, a saber:

- *Xefe de planta ao 15%.*
- *Condutor retroexcavadora.*
- *Condutor dumper.*
- *1 camión cisterna a 20%.*
- *3 condutores camión cisterna a 20%.*
- *4 camiós grúa ao 5%.*
- *4 condutores camión grúa ao 5%.*
- *1 camión transporte lodos ao 10%.*
- *3 condutores de camión transporte de lodos a 10%.*
- *Licencias, sistemas operativos e EPI varios.*
- *Persoal de apoio nas instalacións centrais de Santiago de Compostela.*
- *Analista de laboratorio, equipo de laboratorio e transporte analíticas.*
- *Equipo inspección tubarias CCTC con vehículo par diámetro >100 mm.*
- *Equipo portátil inspección tubarias CCTV manual para diámetro <100 mm.*
- *Xestión residuos de abastecemento.*

Á vez, alégase que a adxudicataria practica unhas amortizacións desconformes coas establecidas no PCAP:

- *Vehículos, a 8 anos cando segundo PCAP debe ser a 2 anos.*
- *Maquinaria pequena, 10 anos fronte a 8 no PCAP .*
- *Retroexcavadora 15 anos fronte a 8 anos no PCAP.*
- *Camións 20 anos fronte a 8 anos no PCAP.*

Como consecuencia do exposto, a recorrente deduce a insostenibilidade da proposta da adxudicataria S.L., xa que o seu dicir estas omisións suporían uns sobrecustes anuais do orden de 260.981,60 euros, o que faría que o servizo fose deficitario e, polo tanto, insostible.

Estas cuestións foron analizadas por Idom no seu informe de 24 de marzo de 2017, conforme ao cal no estudo económico e financeiro da adxudicataria foi reflexada a estrutura de persoal proposto pola empresa, que totaliza 401.675,95 euros anuais, contando o persoal imputado á ETAP, mentres que na oferta económica este custe se cifra en 401.898,57, o que se considera unha desviación non significativa (un 0,05%) que non altera o equilibrio do estudo económico financeiro.

Ao mesmo tempo, o informe complementario presentado por IDOM de data 5 de abril de 2017 manifesta que a memoria económica contén certos custes que non se imputan (persoal para cubrir vacacións, custes

fixos de laboratorio, determinada maquinaria..). Agora ben, isto non significa que a empresa non tivera en consideración os mesmos, como resulta da súa explícita contemplación no documento financeiro, indicando o licitador que non procedería a repercusión de tales custes. Non se trata, polo tanto, dunha omisión, sino da aceptación polo licitador e o seu cargo de parte de estos custes, que entra dentro da política comercial da empresa, que asume as posibles desviacións dos seus cálculos e da súa oferta o seu propio risco e ventura. Se temos en conta o volume estimado de ingresos do servizo, e a reducida duración temporal do contrato (dous anos, con posibilidade de dúas prórrogas de un ano cada unha), bastante inferior ao habitual no sector, a posibilidade de que os custes cuestionados pola recorrente sexan asumidos pola adxudicataria na forma na que indican na súa oferta non acredita que esta sexa inviable e, en consecuencia, non se pode considerar insostible o servizo.

Á mesma conclusión (a non consideración do servizo como insostible) conduce o análise da desconformidade no que se refire aos prazos de amortización considerados na oferta. Estos prazos son normais e habituais dentro do tráfico xurídico e, na medida en que se trata de maquinaria que, á finalización do contrato, non quedará en beneficio do Concello, presentan, ao horizonte temporal de duración do contrato, un valor final aínda significativo. Practicar unha amortización acelerada dos mesmos suporía en realidade un ingreso extraordinario para a empresa (a costa do erario público), xa que, á terminación do contrato, quedaría con unha serie de activos totalmente amortizados ("pagados") con cargo ao servizo e, sen embargo, con varios anos de vida útil por diante.

Procede desestimar o recurso neste punto.

Quinto.- Con certa conexión co apartado anterior, pero con sustantividade propia, a recorrente alega que a proposta da adxudicataria, non permite a sostenibilidade do modelo financeiro, posto que presenta un importante incremento de custes como consecuencia da inversión relacionada coas melloras ofertadas, e o descenso de ingresos como consecuencia da súa proposta económica, o que encerra, o seu xuízo, unha oferta desproporcionada e temeraria.

En realidade, o que a recorrente ven a poñer de manifesto é que Espina & Delfín, S.L., asume un importante sobrecoste coas melloras que oferta, en comparación co ofrecido polos outros licitadores. E efectúa o seu propio e particular análise de ditas melloras, asumindo así unha función que en realidade lle corresponde á Mesa de Contratación.

Analizado o argumento exposto pola recorrente, en realidade chega a súas conclusións a través dunha serie de asuncións que non se ven respaldadas pola realidade dos datos. Así, por exemplo, se imputan unhas horas de uso teóricas de diverso material que, en realidade, non consta que vaia a ser utilizado con tal intensidade. Outro elemento discordante é a imputación de custes conforme á unha serie de estimacións de valor de mercado sen ter en conta a posibilidade de que se trate de material xa amortizado ou liberado polo descenso de actividade. Dito de outra forma, o impacto que para as distintas empresas teña a posta a disposición puntual de determinados medios materiais non é o mesmo, xa que depende da realidade obxectiva de cada empresa, da súa concreta aplicación á dinámica produtiva da mesma nun momento determinado, e as opcións de recuperación ou reutilización de activos unha vez rematado o contrato. A análise efectuada pola recorrente podería ser correcta nun marco teórico no que os licitadores se viran obrigados á adquisición ex novo de todos os medios materiais, e sen expectativas de recuperación (vía reutilización ou vía enaxenación) de estos activos una vez terminado el contrato. Pero non é o caso.

Sen embargo, para resolver a cuestión plantexada pola recorrente non fai falta acudir ao desenrolo anterior, sendo suficiente contrastar se estamos ante un suposto de baixa desproporcionada nos términos nos que dita figura se contempla no PCAP.

A estos efectos, a recorrente invoca o art. 85 do Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas para intentar xustificar que a oferta do adxudicatario incorre en baixa desproporcionada. Sen embargo, dito precepto é de aplicación so para o caso de adxudicación de contratos mediante poxa, que non é o suposto que nos ocupa. O Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Real Decreto Lexislativo 3/2011, de 14 de novembro, regula no seu art. 152 as ofertas con valores anormais ou desproporcionados conforme o seguinte teor literal:

"1. Cando o único criterio valorable de forma obxectiva a considerar para a adxudicación do contrato sexa o do seu prezo, o carácter desproporcionado ou anormal das ofertas poderá apreciarse de acordo cos parámetros obxectivos que se establezan regulamentariamente, por referencia ao conxunto de ofertas válidas que se tiveran presentado.

2. Cando para a adxudicación deba considerarse máis dun criterio de valoración, poderá expresarse nos pregos os parámetros obxectivos en función dos cales se apreciará, no seu caso, que a proposición non pode ser cumprida como consecuencia da inclusión de valores anormais ou desproporcionados. Se o prezo ofertado é uno dos criterios obxectivos que han de servir de base para a adxudicación, poderán indicarse no prego os límites que permitan apreciar, no seu caso, que a proposición non pode ser cumprida como consecuencia de ofertas desproporcionadas ou anormais.

3. Cando se identifique unha proposición que poda ser considerada desproporcionada ou anormal, deberá darse audiencia ao licitador que a tivera presentado para que xustifique a valoración da oferta e precise as condicións da mesma, en particular no que se refire ao aforro que permita o procedemento de execución do contrato, as solucións técnicas adoptadas e as condicións excepcionalmente favorables de que dispoña para executar a prestación, a orixinalidade das prestacións propostas, o respecto das disposicións relativas á protección do emprego e as condicións de traballo vixentes no lugar no que se vaia a realizar a prestación, ou a posible obtención dunha axuda de Estado.

No procedemento deberá solicitarse o asesoramento técnico do servizo correspondente.

Se a oferta é anormalmente baixa debido a que o licitador tiña obtido unha axuda do Estado, so poderá rexeitarse a proposición por esta única causa se aquel non pode acreditar que tal axuda fora concedida sen contravenir as disposicións comunitarias en materia de axudas públicas. O órgano de contratación que rexeite unha oferta por esta razón deberá informar de elo á Comisión Europea, cando o procedemento de adxudicación se refira a un contrato suxeito a regulación harmonizada.

4. Se o órgano de contratación, considerando a xustificación efectuada polo licitador e os informes mencionados no apartado anterior, estimase que a oferta non pode ser cumprida como consecuencia da inclusión de valores anormais ou desproporcionados, a excluírá da clasificación e acordará a adxudicación a favor da proposición economicamente máis vantaxosa, de acordo coa orden en que foran sido clasificadas, conforme ao sinalado no apartado 1 do artigo anterior”.

En cumprimento do preceptuado no parágrafo segundo do precepto antes transcrito, o PCAP contemplou na súa cláusula 40ª, apartado VII, a baixa desproporcionada ou anormal, nos seguintes termos: “Considéranse baixas desproporcionadas ou anormais aquelas en que os prezos ofertados non permitan a sustentabilidade do modelo financeiro segundo o estudio económico financeiro da concesión axuntado polos licitadores”. As contestacións dadas ás preguntas e solicitudes de aclaracións dos licitadores, todas elas remitindo nesta materia á lexislación vixente, reforzan o establecido en dita cláusula 40ª PCAP.

A conclusión que se extrae de todo elo é que, a efectos do contrato que nos ocupa, so se entende que a oferta de un licitador é anormal ou desproporcionada, e incorre polo tanto en baixa temeraria segundo a denominación tradicional, cando non permita a sustentabilidade do modelo financeiro da concesión.

E, neste punto, os informes elaborados por IDOM, tendo en conta os recursos presentados, chegan a unha conclusión clara: o estudio económico-financieiro da adxudicataria é coherente coa súa oferta e defende a sustentabilidade da concesión no horizonte temporal do contrato (dous anos e dúas prórrogas de un ano cada una), sen que o recurso presentado por Espina Obras Hidráulicas S.A. y Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense S.A. UTE (a constituír), desvirtúe ditas conclusións.

Procede, a desestimación do recurso neste punto.

Sexto.- No referente á solicitude de suspensión da execución do acto impugnado, que a recorrente ampara no art. 117 da Lei 39/2015, debemos sinalar que carece de obxecto entrar a resolver sobre a mesma ao terse producido por acordo plenario de 14 de febreiro de 2017 a suspensión do inicio da prestación; sen perxuízo de destacar que, en todo caso, a desestimación do recurso de reposición faría decaer automaticamente a suspensión interesada polo recorrente.

B.- RECURSO DE ACCIONA AGUA S.A.U. CONTRA O ACORDO PLENARIO DE 29 DE DECEMBRO DE 2016, POLO QUE SE ADXUDICA A XESTIÓN DO SERVIZO PUBLICO CICLO INTEGRAL DA AUGA DO

CONCELLO DE AMES.

Pola entidade mercantil Acciona Agua S.A.U. se interpuxo mediante escrito presentado o día 7 de febreiro de 2017, con rexistro de entrada 1074, recurso de reposición contra o acordo plenario de 29 de decembro de 2016, polo que se adxudica a licitación da xestión do servizo público Ciclo Integral da Auga do Concello de Ames.

Primeiro.- *Con carácter previo ao estudio das cuestións plantexadas neste recurso debemos analizar a alegación de falta de lexitimación activa que argumentan tanto Espina & Delfin S.L. como Espina Obras Hidráulicas S.A. Y Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense, S.A., UTE (a constituir) nos seus respectivos escritos de oposición ao recurso de reposición de Acciona Agua S.A.U., xa que, por obvias razóns, de estimarse a concorrencia desta causa de inadmisibilidade do recurso, non sería necesario entrar nas cuestións plantexadas no mesmo.*

Neste punto ten que darlle a razón a Espina Obras Hidráulicas S.A. y Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense, S.A., UTE (a constituir) cando aduce que a entidade recorrente non foi licitadora no concurso de referencia e carece, polo tanto, de lexitimación activa para impugnar o resultado do mesmo. Como resulta facilmente comprobable, a entidade que concorreu ao procedemento de contratación foi Acciona Agua Servicios S.L.U, con CIF B-86774528; sen embargo, a hoxe recorrente é Acciona Agua S.A.U., con CIF A-95113361. Trátase de persoas xurídicas distintas e diferenciadas, sen que o feito de que a segunda sexa a única socia da primeira altere o feito de que estamos ante personalidades xurídicas distintas.

No dereito administrativo en xeral, e en materia de contratación pública en particular, a lei non recoñece a existencia de unha acción pública que abra con carácter xenérico e indiscriminado a lexitimación para impugnar o resultado do procedemento de contratación. O concepto de lexitimado á hora de recorrer un acto administrativo é máis restrinxido que o de interesado, e exige un plus que vai máis alá do mero interese no mantemento da legalidade, que se pode concretar en que a resolución que poda ditarse sexa susceptible de repercutir na situación xurídica do recorrente.

E este é, precisamente, o elemento que falta no caso que nos ocupa. Sexa cal sexa o resultado do procedemento, é evidente que o mesmo non pode ter repercusión algunha para quen non ten participado no mesmo, como é o caso de Acciona Agua, S.A.U.

Polo que procede inadmitir o recurso de reposición de Acciona Agua S.A.U. por falta de lexitimación activa.

Segundo.- *Non obstante o dito, e en aras da seguridade xurídica, é conveniente efectuar un somero análise das alegacións realizadas por Acciona Agua S.A.U. xa que aínda sendo inadmisibile o recurso por falta de lexitimación activa, se do mesmo se derivase algún tipo de vicio de nulidade, esta podería ser apreciable de oficio pola administración.*

Así, pola recorrente se discute, en primeiro lugar, que se ten producido unha infracción do principio de publicidade e de transparencia e unha vulneración dos dereitos de acceso á información e defensa do licitador non adxudicatario, que ven a concretar, en síntese, no o seu xuízo excesivo alcance da confidencialidade recoñecida á oferta do licitador adxudicatario.

Neste punto hai que remitirse ao xa dito ao tratar o recurso presentado por Espina Obras Hidráulicas S.A. y Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense S.A. UTE (a constituir). Non cabe dúbida de que a Lei recoñece o dereito de confidencialidade das ofertas dos licitadores no art. 140 TRLCSP. Este dereito, que funde as súas raíces na protección do how know e nos intereses comerciais das empresas concorrentes ao procedemento de contratación en orden á protección das vantaxes competitivas que a súa experiencia e práctica empresarial lle poda outorgar, ten sen embargo como limitación o dereito de defensa dos licitadores non adxudicatarios. De tal forma que o respecto á confidencialidade das ofertas non pode supoñer nunca unha mingua do dereito de defensa dos licitadores á hora de analizar e cuestionar as decisións adoptadas dentro do procedemento de adxudicación dos contratos.

Os límites á declaración de confidencialidade das ofertas son uns límites de carácter instrumental, supeditados á necesidade de acceder á información por parte dos licitadores non como un dereito autónomo en si, senón so na medida en que lle permita exercer o seu dereito de defensa da maneira máis ampla posible. Por elo, a declaración de confidencialidade aceptada polo órgano de contratación non operará como causa de nulidade autónoma do procedemento de contratación, senón so na medida en que dita confidencialidade supoña para a

parte que se opón a ela, unha vulneración efectiva do seu dereito de defensa e lle provoque indefensión.

No caso que nos ocupa, a recorrente, pese á invocación de que o alcance da declaración de confidencialidade da oferta do adxudicatario limita as súas opcións de defensa, articula un amplo e fundado recurso no que non se acerta a ver limitación de alcance algunha. En efecto, a recorrente entra nas cuestións de fondo do asunto con total liberdade, e as cuestiona de modo prolixo e con todo tipo de detalles e argumentos.

A declaración de confidencialidade da oferta do adxudicatario (que, paradóxicamente, coincide no seu alcance coa propia declaración de confidencialidade que a recorrente pretende para a súa propia oferta) non xenera ningún tipo de indefensión material, sen que, por elo, podan derivarse de ela as consecuencias pretendidas no recurso de reposición, que debe ser desestimado no que a este particular se refire.

Terceiro.- Continúa a recorrente no seu recurso, invocando que IDOM, consultora contratada polo Concello para a avaliación técnica de determinados parámetros do contrato, vulnera os principios de non discriminación e igualdade de trato, beneficiando á adxudicataria en detrimento do resto dos licitadores.

Así, en concreto, se alega que IDOM realiza unha valoración dos sistemas de telexestión propostos polos licitadores con unha puntuación que non garda correlación co custe económico de ditos sistemas. Esta alegación parte dunha premisa, que é que o factor a valorar no sistema de telexestión é o seu custe económico, cando en realidade o que se busca é determinar a súa idoneidade conforme ás necesidades do servizo. Do contrario, o sistema de telexestión se valoraría mediante fórmulas automáticas atendendo exclusivamente ó seu custe, e non mediante un xuízo de valor, como é o caso conforme ao PCAP, no que se establecen como criterios valorativos para o sistema de telexestión as “características técnicas, completitude da solución proposta, versatilidade e adecuación ás necesidades da rede”. Non pode, polo tanto, reducirse a valoración do sistema de telexestión a un simple enfoque de “a maior custe, maior puntuación”.

Xunto a isto debe engadirse que no seu recurso, Acciona non xustifica a existencia de diferencias entre as prestacións dos distintos sistemas que vaian acordes ao seu prezo ou custe económico, nin aporta ningún outro criterio para establecer un xuízo de valor que desvirtúe as conclusións ás que ten chegado IDOM. Debemos recordar que os informes técnicos gozan de presunción de acerto e veracidade por razón da especial preparación e cualificación técnica de quen os emite; o que engadido ao concepto de discrecionalidade técnica leva a concluír que corresponde a quen cuestiona os ditos informes a carga da proba de que os mesmos incorren en error ou as súas conclusións son absurdas e/ou arbitrarias. Isto é algo que non sucede no recurso de Acciona.

Procede, polo tanto, desestimar o recurso neste punto.

Cuarto.- Acto seguido cuestiona a recorrente a valoración asignada ás cámaras de inspección de tubarías ofertadas polos licitadores, alegando que a cámara ofertada por Acciona é unha cámara de alta gama de características similares ás ofertadas por Espina & Delfin S.L., e FCC Aqualia, e superior ás integradas na oferta de Viaqua e Espina Obras Hidráulicas S.A. - Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense, S.A. Que, sen embargo, a Espina & Delfin S.L., se lle asignan 6 puntos, a FCC Aqualia 5 puntos e a Acciona 4 puntos, sen que existan diferencias entre as cámaras.

Se atendemos ao informe de IDOM podemos ver que as cámaras ofertadas por Espina & Delfin S.L., e FCC Aqualia permiten cubrir un máis amplo espectro de diámetros, hasta DN100, mentres que a da recorrente non permite operar por debaixo de DN200; o que é máis que suficiente para xustificar a diferenza de valoración pola maior operatividade dos primeiros sistemas con relación a este último, sen entrar a valorar que o ofertado por Acciona é un equipo de doce anos de antigüidade, co desfase tecnolóxico a elo asociado e o risco de presentar problemas de operatividade polo estadio da vida útil no que se atopa. Con estos dous factores se aprecia que a valoración de IDOM está razoada e resulta razoable, sen que se poda considerar que o recorrente cumpriu coa carga de desvirtuar dita valoración, nos términos indicados en apartados anteriores.

Procede, polo tanto, desestimar o recurso neste punto.

Quinto.- Continúa a recorrente invocando que a oferta de Espina Obras Hidráulicas S.A. y Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense S.A. UTE (a constituír) non se axusta ao prego de licitación posto que nos seus cálculos partiu dos datos de metros cúbicos totais de auga subministrados en abastecemento, sen deducir o volume correspondente aos metros cúbicos de consumo municipal que non son facturables. De esta forma, alega a recorrente, se aumentan artificialmente os ingresos procedentes do subministro de auga fronte aos licitadores que han detraído os consumos municipais para efectuar os ditos cálculos.

Asumindo a efectos dialécticos o posicionamento da recorrente, a repercusión dos metros non facturables no total ten unha repercusión mínima (0,43%), o que resulta desdeñable e, ademais, non se acerta a ver como unha desviación de tan escasa magnitude poda viciar o estudio económico-financieiro da licitadora, nin afectar ao resultado final da licitación.

Procede, desestimar o recurso neste punto.

Sexto.- Por outro lado, se cuestiona pola recorrente o incumprimento na oferta de Espina & Delfín, S.L., en canto ás condicións económicas de amortización dos equipos de telexestión. O que a recorrente pretende dicir é que Espina & Delfín, S.L., na súa oferta, valora o sistema de telexestión que ofrece en 80.000 euros; mentres que no seu estudio económico, no apartado correspondente á amortización de inversións en medios materiais e auxiliares, se reflicte este equipo cun importe de 44.880 euros, amortizable en dous anos. De esta forma, segundo a recorrente, se crea por un lado unha aparencia favorable á valoración do equipo de telexestión, e á vez se diminúe o impacto económico do mesmo co que se arroxa unha cifra máis favorable desde o punto de vista da sostenibilidade da oferta.

Sen embargo, e como resulta do estudio da correspondente oferta, Acciona Agua S.A.U. efectúa un análise erróneo da cuestión. Así, confunde os datos correspondentes ao equipo de telexestión (44.800 euros) coa valoración da mellora correspondente á cámara de inspección de tuberías (80.000 euros), polo que o argumento da recorrente resulta inconsistente e non pode ser acollido.

Procede a desestimación do recurso neste punto.

Sétimo.- A desestimación do recurso planteado por Acciona Auga S.A.U. fai innecesario analizar as cuestións que se contemplan no apartado noveno do mesmo, relativas ao alcance que se lle debe dar aos incumprimentos que invoca das ofertas dos outros licitadores que cuestiona, no sentido de entender que a resolución que pon fin ao procedemento poda ser nula de pleno dereito ao terse ditado prescindindo total e absolutamente do procedemento legalmente establecido. Non obstante, en aras á exhaustividade da resolución que poda ditarse, convén precisar que incluso de concorrer no caso (que non o fan) os vicios imputados pola recorrente, ningún de eles permitiría entender que se ten prescindido total e absolutamente do procedemento legalmente establecido. Non sería un suposto de nulidade de pleno dereito, ni elo conlevaría as consecuencias aunadas a tal declaración.

Oitavo.- En canto á solicitude de suspensión do acto de adxudicación que a recorrente propugna cabe facer idéntico análise: non habendo lugar á estimación do recurso, por todo o dito ata agora, tampouco procede entrar a debater sobre a suspensión da resolución ao amparo do art. 117.2 da Lei 39/2015; suspensión que en todo caso decaería automaticamente coa desestimación do recurso, sen entrar xa en que, en realidade, nunca podería ter lugar dada a necesaria inadmisión da reposición formulada por Acciona Agua S.A.U. pola súa falta de lexitimación activa.

C.- ALEGACIÓNS DE ACCIONA AGUA S.A.U. AO ACORDO PLENARIO DE 14 DE FEBREIRO DE 2017, POLO QUE SE ACORDA SOLICITAR Á ENTIDADE IDOM CONSULTING ENGINEERING ARCHITECTURE, S.A.U. INFORME SOBRE DETERMINADOS EXTREMOS DOS RECURSOS DE REPOSICIÓN PRESENTADOS.

Primeiro.- A xa indicada falta de lexitimación activa de Acciona Agua S.A.U. para impugnar o resultado dunha licitación na que non participa é, ao mesmo tempo, motivo máis que suficiente para inadmitir a trámite as alegacións que presenta contra unha resolución interlocutoria durante a tramitación da reposición, cal é a de encargar a IDOM a realización dun informe sobre os mencionados recursos.

De todas formas, e coa intención de despexar calquera dúbida ao respecto, debe indicarse sucintamente que a contratación de IDOM nesa fase do procedemento resulta obvia por canto que, ao ter intervido na previa valoración das ofertas, ten un pleno e exhaustivo coñecemento do expediente o que garante un maior acerto

na súa resolución. A súa vez, na súa alegación, Acciona Agua S.A.U. en realidade non contén nin unha soa proba de que IDOM puidera ter incorrido nun suposto de mala praxis ou nun erro na súa actuación previa, nin moito menos que efectúe unha interpretación sesgada a favor dun concreto licitador. O único que se aprecia a ver é unha discrepancia de criterios entre quen defende a un licitador que, obviamente, ten un claro interese en que a súa oferta sexa mellor valorada que as dos restantes fronte a unha valoración obxectiva, razoada e razoable, efectuada por unha terceira entidade sen interese algún no resultado da licitación, que considera mellor posicionada a oferta de outros dos licitadores con relación á planteada pola recorrente.

En canto ao procedemento de contratación seguido con relación a IDOM, simplemente sinalar que, conforme a súa contía, se trata de un contrato menor e que na súa realización foron respectados os requisitos establecidos nos artigos 138.3 e 111 TRLCSP.

Procede, polo tanto, inadmitir as alegacións formuladas sobre este particular.

(.....)

Por todo o exposto, vistos os preceptos legais citados e demais de xeneral e pertinente aplicación, se formula ao Pleno da Corporación Local, como órgano competente, de conformidade co establecido no artigo 123 da Lei 39/2015, a seguinte

PROPOSTA DE ACORDO:

Primeiro.- Desestimar o recurso de reposición presentado pola entidade mercantil Espina Obras Hidráulicas S.A. y Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense S.A. UTE (a constituir), con rexistro de entrada 619 de 24 de xaneiro de 2017, contra o acordo plenario de 29 de decembro de 2016, polo que se adxudica o contrato do servizo público Ciclo Integral da Auga do Concello de Ames, polas razóns contidas no corpo de este informe.

Segundo.- Inadmitir o recurso de reposición presentado por Acciona Agua, S.A.U., con rexistro de entrada 1074 de 7 de febreiro de 2017, contra o acordo plenario de 29 de decembro de 2016, polo que se adxudica o contrato do servizo público Ciclo Integral da Auga do Concello de Ames, por falta de lexitimación activa da recorrente e, subsidiariamente desestimar o mesmo polas razóns contidas no corpo deste informe.

Terceiro.- Inadmitir a trámite as alegacións formuladas por Acciona Agua S.A.U., con rexistro de entrada 2057 de 3 de marzo de 2017, con relación ao acordo plenario de 14 de febreiro de 2017, polo que se acorda solicitar á entidade Idom Consulting Engineering Achitecture, S.A.U. a emisión de informe sobre determinados extremos dos recursos de reposición antes indicados, por falta de lexitimación activa da alegante e, subsidiariamente, desestimar as mesmas polas razóns contidas no corpo deste informe.

(.....)

Quinto.- Notificar o presente acordo aos interesados, así como publicalo no perfil do contratante do Concello de Ames indicándolles que o mesmo é definitivo en vía administrativa e que contra él poderá interpoñer recurso contencioso administrativo perante o xulgado do contencioso administrativo que por turno corresponda dos de Santiago de Compostela, no prazo de 2 meses dende o día seguinte o de notificación do presente acordo, nos termos establecidos na Lei 29/1998 de 13 de xullo reguladora da xurisdición contencioso administrativa. Todo ilo sen perxuízo da interposición de calquera outro recurso que poida considerar oportuno.

Ames, de maio de 2017.

O asesor xurídico
José María Santiago Morales

A Secretaria
Rosa Ana Prada Queipo

(.....)

Rematadas as intervencións o Pleno da Corporación, por maioría simple do número legal de membros, cos votos a favor dos/as 4 concelleiros/as do grupo municipal socialista, dos/as 3 concelleiros/as do grupo municipal Contigo Pódese, dos/as 2 concelleiros/as do grupo municipal do BNG e do concelleiro non adscrito Francisco Javier López Suárez, e a abstención do resto dos/as concelleiros/as (11) da Corporación Municipal, adopta os seguintes acordos:

Primeiro.- Desestimar o recurso de reposición presentado pola entidade mercantil Espina Obras Hidráulicas S.A. y Sociedad de Fomento Agrícola Castellonense S.A. UTE (a constituir), con rexistro de entrada 619 de 24 de xaneiro de 2017, contra o acordo plenario de 29 de decembro de 2016, polo que se adxudica o contrato do servizo público Ciclo Integral da Auga do Concello de Ames, polas razóns contidas no informe transcrito no corpo deste acordo.

Segundo.- Inadmitir o recurso de reposición presentado por Acciona Agua, S.A.U., con rexistro de entrada 1074 de 7 de febreiro de 2017, contra o acordo plenario de 29 de decembro de 2016, polo que se adxudica o contrato do servizo público Ciclo Integral da Auga do Concello de Ames, por falta de lexitimación activa da recorrente e, subsidiariamente desestimar o mesmo polas razóns contidas no informe transcrito no corpo deste acordo.

Terceiro.- Inadmitir a trámite as alegacións formuladas por Acciona Agua S.A.U., con rexistro de entrada 2057 de 3 de marzo de 2017, con relación ao acordo plenario de 14 de febreiro de 2017, polo que se acorda solicitar á entidade Idom Consulting Engineering Architecture, S.A.U. a emisión de informe sobre determinados extremos dos recursos de reposición antes indicados, por falta de lexitimación activa da alegante e, subsidiariamente, desestimar as mesmas polas razóns contidas no informe transcrito no corpo deste acordo.

Cuarto.- Notificar o presente acordo aos interesados, así como publicalo no perfil do contratante do Concello de Ames indicándolles que o mesmo é definitivo en vía administrativa e que contra él poderá interpoñer recurso contencioso administrativo perante o xulgado do contencioso administrativo que por turno corresponda dos de Santiago de Compostela, no prazo de 2 meses dende o día seguinte o de notificación do presente acordo, nos termos establecidos na Lei 29/1998 de 13 de xullo reguladora da xurisdición contencioso administrativa. Todo ilo sen perxuízo da interposición de calquera outro recurso que poida considerar oportuno.

Quinto.- Facultar ao alcalde para cantas actuacións de trámite sexan precisas para a mellor execución do acordado.

E para que conste, aos efectos oportunos, expido a presente certificación co visto e prace do señor alcalde en Ames, a 31 de maio de 2017, e coa advertencia de que non foi aprobada aínda a acta da sesión correspondente.

Vº e prace
O alcalde

A secretaria

José M. Miñones Conde

Rosa Ana Prada Queipo