



Recurso nº 996/2018 Comunidad Valenciana 228/2018

Resolución nº 1055/2018

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

En Madrid, a 16 de noviembre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D.J.A.M., en representación de STV GESTIÓN, S.L., contra el acuerdo de adjudicación del expediente para la adjudicación del contrato *"Gestión del servicio público mediante la modalidad de concesión por procedimiento abierto de agua potable y alcantarillado"*, convocado por el Ayuntamiento de Redován, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Ayuntamiento de Redován anunció en el DOUE y en el BOP de 13 de diciembre de 2017, la licitación pública del contrato de servicios públicos antes referido, con un valor estimado que asciende a 19.530.679,09 euros.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre- y con las demás normas de desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que tienen el carácter de Administración Pública.

Tercero. Presentadas por los licitadores sus propuestas, y una vez realizada la apertura de los sobres en las que estas se contienen, previa emisión del informe técnico, se dicta acuerdo de adjudicación con fecha de 4 de septiembre de 2018, el cual es notificado a la empresa STV GESTIÓN, SL el día 13 de septiembre de 2018, en sede electrónica.

Con anterioridad, el día 11 de julio de 2018, la citada empresa había presentado, en sede electrónica ante el órgano de contratación, un escrito en el que manifestaba que de acuerdo con la cláusula 20.4 del PCAP, se encontraban tres empresas en presunción de temeridad,



pues el umbral de la temeridad es del 6,56%. Se solicitaba el citado escrito que se informe si se había requerido a las mercantiles con arreglo a lo dispuesto en el artículo 152TRLSCSP, y si se había atendido el requerimiento.

Cuarto. El día 26 de septiembre de 2018 la empresa STV GESTIÓN, SL (en adelante la recurrente) anuncia la interposición del recurso especial en materia de contratación ante el órgano de contratación ante el órgano de contratación, interponiéndose ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, ante el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda, el mismo día 26.

El recurrente esgrime como único motivo para la impugnación del acuerdo de adjudicación la incorrecta interpretación de la cláusula 20.4 del PCAP, la cual establece lo siguiente: *“Previamente a dicha adjudicación, deberá verificarse la existencia de ofertas que puedan ser consideradas anormales o desproporcionadas según lo establecido en el art. 152 TRLCSP y artículo 82 del RD Legislativo 1098/2001 de 12 de octubre, por el que se aprueba el reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*

Se considera, en principio, como desproporcionada o temeraria toda proposición cuya Tasa Interna de Retorno o TIR de proyecto, que se deduzca del estudio económico financiero presentado por el licitador, sea inferior en tres puntos porcentuales a la media aritmética de las TIR correspondientes a todas las proposiciones presentadas, sin perjuicio de la facultad del órgano de contratación de apreciarla, previos los informes adecuados y la audiencia del interesado”.

Indica el recurrente que la interpretación dada por el órgano de contratación, tal y como se alegó previamente en escrito de julio de 2018, es errónea y simplista. Se indica que para determinar si alguna oferta incurre en baja el método establecido por el PCAP sería la de calcular el umbral disminuyendo la media aritmética TIR de proyecto en el tres por ciento, lo que expresa el recurso en las siguientes cifras: $6,76\% - 0,20\% = 6,56\%$. Por el contrario, el método seguido por el órgano de contratación ha sido el de restar a la media aritmética TIR de proyecto tres puntos, lo que se expresa en el siguiente cálculo: $6,76\% - 3 = 3,76\%$.

Es por eso que, según el recurrente, varias ofertas, entre ellas la presentada por la adjudicataria, están incurso en valores anormales o desproporcionados, y el órgano de



contratación ha omitido el trámite de justificación, adjudicando el contrato a una empresa cuya oferta, a priori, es irrealizable.

Para sustentar el cálculo que realiza el recurrente, se cita la resolución de este Tribunal nº 119/2017, de 3 de febrero de 2017, donde se confirma el cálculo que realiza la empresa recurrente para determinar si se incurre o no en presunción de baja temeraria, partiendo de una cláusula redactada en similares términos al de los pliegos que rigen el expediente en el que se ha dictado el acuerdo de adjudicación que aquí se impugna.

Quinto. Se ha recibido por este Tribunal el expediente administrativo, así como el correspondiente informe emitido por el órgano de contratación, que se opone a la estimación del recurso. El órgano de contratación ratifica que ninguna de las ofertas presentadas incurre en presunción de temeridad toda vez que la interpretación correcta de la cláusula 20.4 del PCAP es la de disminuir la media aritmética TIR del proyecto en tres puntos porcentuales, y no la de sustraer de esta un tres por ciento. Así lo han informado los servicios técnicos municipales, los cuales señalan que *“El porcentaje debe entenderse como una forma de poder comparar dos cantidades, es decir es la proporción de una cantidad respecto a otra expresada en valores absolutos, mientras que la expresión “puntos porcentuales” a que se refiere la cláusula 20.4 debe entenderse como las variaciones positivas o negativas que experimenta un porcentaje previamente establecido.*

Es de considerar que si aplicamos un 3% sobre el 6,76 % estaríamos hablando de una baja de 0,20 puntos porcentuales en vez de una variación a la baja de 3 puntos porcentuales sobre el porcentaje previamente establecido de 6,76% que representa la media aritmética del TIR de las proposiciones presentadas, tal y como establece el PCAP en su cláusula 20.4”.

Es por ello que se concluye que la interpretación del recurrente contradice la literalidad de la cláusula, y que, por ello, ni la oferta de la empresa adjudicataria, ni las otras presentadas, incurren en presunción de temeridad, al estar todas por encima del umbral del 3,76% que se fija en el PCAP.

Sexto. Mediante resolución de 4 de octubre de 2018, la Secretaria General del Tribunal, por delegación de éste, ha acordado mantener la suspensión provisional del acuerdo impugnado



producida al amparo del artículo 53 de la LCSP; suspensión que se levantará en la resolución del presente recurso con arreglo a lo dispuesto en el artículo 57.3 LCSP.

Séptimo. Con fecha 8 de octubre de 2018, la Secretaría del Tribunal ha dado traslado del recurso a los licitadores, a los efectos de formular las alegaciones que a su derecho convenga, habiéndose evacuado el trámite únicamente por la empresa HIDRAQUA, GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE LEVANTE, S.A., que defiende la legalidad del acuerdo impugnado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La presente reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) y el Convenio celebrado con la Comunidad Valenciana, publicado en el BOE de 17 de abril de 2013.

Segundo. Con carácter previo a entrar a examinar el fondo del recurso, es preciso determinar si este se interpone ante un contrato susceptible del recurso especial, debiendo tomarse en consideración que, tal y como se indicó por la Resolución 336/2018, de 27 de abril: *“En conclusión, si una cosa es el ámbito sustantivo del recurso, y otra los actos susceptibles de recurso, frente a los actos dictados con posterioridad a la vigencia de la nueva Ley en expedientes que se rigen por la normativa anterior, solo cabe el recurso respecto de contratos que se rigen y determinan por la normativa anterior, aunque se puede interponer contra cualquiera de los actos a que se refiere el artículo 44.2 de la nueva Ley dictados con posterioridad a la vigencia de la nueva ley.*

Por tanto, rige en esta contratación ex Disposición Transitoria Primera, 1 y 4, de la Ley 9/2017, el TRLCSP, el artículo 40 de la TRLCSP, en cuanto determina los contratos respecto de los que son recurribles los actos que enumera en su apartado 2, actos que pasan a ser los del artículo 44.2, de la ley 9/2017, aplicable con arreglo a lo dispuesto en la Transitoria citada, apartado 4”.

Por ello, y en aplicación del artículo 42.1 del TRLCSP, es preciso verificar si concurre causa de inadmisión, de acuerdo con lo previsto en los artículos 55 LCSP y 23 del Real Decreto



814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Se recurre el acuerdo de adjudicación de un contrato de gestión de servicio público, mediante concesión, cuyo objeto lo constituye el abastecimiento domiciliario de agua potable y el alcantarillado. Se observa, además, que de acuerdo con la cláusula 19 del PPT el concesionario estará obligado a realizar una inversión inicial, en los tres primeros años del contrato, para la mejora de los servicios incluidos en el anexo XI, por importe total de 489.660,82 € (IVA no incluido). Es por ello que, a la vista del riesgo que ha de asumir el empresario, y teniendo en consideración ya las nuevas Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE el objeto contractual ha de ser calificado como un contrato de concesión de servicios.

Sobre esta materia ha tenido particular incidencia el transcurso, el pasado 18 de abril de 2016, del plazo de transposición de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DC), la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Dicha transposición no se ha llevado a cabo por el Reino de España con carácter global, si bien que, por diversas normas legales, se ha introducido parte del contenido de dichas Directivas en el TRLCSP y definitivamente, desde marzo de 2018, con la entrada en vigor por la LCSP.

En virtud de ello, los procedimientos de contratación sujetos a regulación armonizada, que se hubieran iniciado con posterioridad al 18 de abril de 2016 y con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, están sujetos al efecto directo de la Directiva de concesión. A tal efecto ha de tenerse en cuenta los siguientes criterios interpretativos:

- La recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA), en relación con la aplicación de las nuevas directivas de contratación pública, de 15 de marzo (R JCCA de 15 de marzo de 2016).



- Los criterios fijados sobre el efecto directo de las Directivas por los Tribunales administrativos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, que estos acordaron el 1 de marzo de 2016.

Conforme a dichos criterios, el objeto del recurso especial en materia de contratación depende del contenido de las Directivas de contratación pública, de tal forma que si estas cambian, cambia la materia susceptible de recurso especial en materia de contratación pública; ello aunque no haya cambiado la redacción de la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras modificada por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, que es una norma de carácter adjetivo.

Pues bien, la DC incluye entre la tipología de contratos armonizados, y por tanto bajo el efecto directo de la Directiva, quedando sujetos por ello a recurso especial en materia de contratación, los contratos de concesión como los define la DC en su artículo 5.1, que pueden ser de dos tipos, contratos de concesión de obras y contratos de concesión de servicios. Dichos contratos, hasta que haya una norma interna de transposición, se considerarán equivalentes, respectivamente, a los contratos que internamente, de acuerdo con el TRLCSP, se denominan contratos de concesión de obras públicas y contratos de gestión de servicios públicos.

Así, los contratos de concesión de servicios –similares, aunque no siempre idénticos a los denominados por el TRLCSP contratos de gestión de servicios públicos–, están sujetos a regulación armonizada cuando superen el umbral de aplicación que establece la DC, y puedan tipificarse como tales con arreglo a la DC y, además, no estén excluidos expresamente por la DC de su ámbito objetivo de aplicación.

La calificación de un contrato de concesión de servicios ha de ajustarse a la definición dada en el artículo 5.1 b) DC, que literalmente define el contrato de concesión de servicios como: *“un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadoras confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya*



contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.

La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.

Acudiendo a las cláusulas del pliego de condiciones impugnado, con claridad meridiana se infiere que nos hallamos ante un contrato de concesión de servicios, pues se transfiere a los contratistas-concesionarios el riesgo operacional en la explotación del servicio. En cuanto a la competencia de este Tribunal, partiendo de nuestra doctrina, y teniendo en cuenta la aplicación directa de algunas de las normas de la DC, se hace necesario determinar si nos encontramos ante un contrato de concesión de servicios sujeto a la referida Directiva y por ende, sujeto al control de este Tribunal, a través del recurso especial en materia de contratación o si por el contrario, esta Directiva 2014/23/UE, excluye de su ámbito de aplicación este tipo de concesión de servicio de abastecimiento de agua y alcantarillado.

En este sentido, se ha de indicar que el artículo 12 DC excluye de su aplicación las concesiones adjudicadas a:

“a) la puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable;

b) el suministro de agua potable a dichas redes”.

Indicándose en su apartado segundo que: *“La presente Directiva tampoco se aplicará a las concesiones que se refieran a uno de los objetos siguientes o a ambos que estén relacionadas con una de las actividades contempladas en el apartado 1:*



- a) proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, siempre que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20 % del volumen total de agua disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje, o
- b) eliminación o tratamiento de aguas residuales”.

Estando excluido de la Directiva 2014/23/UE el objeto del presente contrato, es preciso seguir el criterio marcado por las Resoluciones 645/2017 y 852/2017, donde decíamos: “Como dice la Recomendación de la JCCA, de 15 de marzo de 2016, en su apartado 3.1.5, en relación con el efecto directo de las Directivas Comunitarias, los contratos de gestión de servicios públicos pueden caracterizarse como “sujetos a regulación armonizada” cuando: i) superen el umbral de aplicación que establece la DC (5.225.000 €), ii) puedan tipificarse como tales y, además, iii) no estén excluidos expresamente por la DC de su ámbito objetivo de aplicación. En el presente caso se cumplen las dos primeras características, pero no la tercera, puesto que el artículo 12 de la Directiva 2014/23/UE declara excluidas de su aplicación las concesiones adjudicadas para la explotación del agua potable, y la eliminación o tratamiento de las aguas residuales”.

Por consiguiente, al ser la competencia de este Tribunal para revisar las actuaciones administrativas en los procedimientos de preparación y adjudicación de los contratos ex artículo 40.2 del TRLCSP improrrogable y, dado que, nos hallamos ante un contrato extramuros de la DC (artículo 12), y no sujeto, por tanto, a regulación armonizada, hemos de declarar la inadmisión del recurso especial formalizado frente al acuerdo de adjudicación que se impugna.

En este mismo sentido citamos las Resoluciones de este Tribunal dictadas con los números 738/2017, 852/2017 y 997/2017.

Tercero. No obstante, y sin perjuicio de la inadmisión del recurso especial interpuesto por carecer de competencia este Tribunal para el enjuiciamiento de la actuación impugnada, *obiter dictum* hemos de examinar la procedencia del único motivo de impugnación que es esgrimido, el cual, de haberse admitido el recurso sería desestimado. Este Tribunal no desconoce el criterio seguido en la resolución 119/2017, de 3 de febrero de 2017, recurso 119/2017, donde decíamos lo siguiente: “Por lo tanto, lo que requiere el pliego, para que la



proposición sea declarada desproporcionada, es que la oferta económica sea inferior en quince puntos porcentuales a la media de las TIR de los licitadores participantes en la licitación. Así, si la media es 7,21%, como el propio órgano de contratación reconoce en su informe, las TIR por debajo del 15% de ese valor, en este caso 6,13%, estarán incursas en presunción de anormalidad o desproporción, situación que concurre en la oferta de la UTE adjudicataria en cuanto que su TIR ofertada es 5,91%.

En consecuencia, procede estimar el recurso en este punto, lo que determina la anulación del acuerdo de adjudicación del contrato, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la valoración de las ofertas anormales o desproporcionadas al objeto que se requiera la debida justificación a la UTE FCC-HERBUSA-CESPA”.

Ahora bien, de sobra es conocido que cuando en cualquier texto, coloquial o no, se habla de punto porcentual se entiende este como unidad para diferenciar dos porcentajes (Wickham, Kathleen (2003). *Math Tools for Journalists*. Cengage Learning. p. 30). De este modo, el punto porcentual tiene distinta significación que el porcentaje, pues mientras el primero se refiere a unidades que indican diferencias entre porcentajes, el segundo, se refiere a una proporción determinada sobre cien, esto es, y resulta obvio decirlo, exclusivamente a un porcentaje. Es por ello que estamos ante magnitudes distintas. De tal modo que, si hipotéticamente y a modo de ejemplo, la media aritmética fuera de un 10 por ciento, o 10 unidades de 100, reducir esta en tres puntos porcentuales, supone un resto de un 7 por ciento, o 7 unidades de cien, mientras que, por el contrario, reducirla en un tres por ciento, supone multiplicar la cantidad por 0,03 y disminuirla del total, lo que da lugar a 9,7 unidades de 100.

Como se puede observar no hay coincidencia entre ambas mediciones, y la claridad de la literalidad de la cláusula no deja lugar a dudas: la cifra del umbral se fija reduciendo la media aritmética en tres puntos porcentuales (lo que da lugar a un 3,76%) y no en un tres por cien, tal y como pretende el recurrente de forma claramente equivocada y sesgada.

Por tanto, hay que estar a la interpretación literal de la cláusula, aplicando aquí lo dispuesto por el artículo 1281 del Código Civil. Decíamos recientemente en la Resolución número 631/2018, de 29 de junio de 2018 lo siguiente: “la doctrina jurisprudencial más general ha



señalado que las normas o reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil, constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales, tiene rango preferencial, y prioritario, la correspondiente al párrafo primero del artículo 1281 del Código Civil. De tal manera, que, si la claridad de los términos de un contrato no dejan dudas sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas de los artículos siguientes, que vienen a funcionar con carácter subsidiario, respecto a la que preconiza la interpretación literal.

En la Sentencia número 197/2007, de 1 de marzo (RJ 2007,1618) el Tribunal Supremo ya decía que “Como tantas veces ha tenido ocasión de decir esta Sala, si la claridad de los términos de un contrato no dejan dudas sobre la intención de las partes no cabe la posibilidad de huir del canon de la literalidad en la interpretación hacia la búsqueda de intenciones, motivos o finalidades no expresas. Es doctrina que se deduce, entre otras, de las Sentencias de 23 de enero de 2003 (RJ 2003, 567) , 18 de julio de 2002 (RJ 2002, 6255) , 12 de julio (RJ 2001, 5162) y 13 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 9355) , 18 de mayo (RJ 1999, 3351) y 24 de junio de 1999 (RJ 1999, 4891), etc. La preferencia de las palabras sobre la conducta, cuando aquéllas son claras, ha sido también afirmada en muchas otras decisiones (Sentencias de 25 de febrero de 1995 [RJ 1995, 1643], 8 de junio de 2000 [RJ 2000, 4404] , 24 de mayo de 2001 [RJ 2001, 3376] , etc.), y también se ha dicho que la regla del artículo 1281 CC (LEG 1889, 27) trata de evitar que so pretexto de una acción interpretativa sea alterada una declaración de voluntad absolutamente clara (Sentencias de 20 de febrero de 1999 [RJ 1999, 1347], 30 de septiembre de 1993 [RJ 1993, 6754], 9 de julio de 1994 [RJ 1994, 5603], 15 de octubre de 1999 [RJ 1999, 7428], entre otras).”

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D.J.A.M. en representación de STV GESTIÓN, S.L., contra el acuerdo de adjudicación del expediente para la adjudicación del contrato “*Gestión del servicio público mediante la modalidad de concesión por procedimiento abierto de agua potable y alcantarillado*”, convocado por el Ayuntamiento de Redován.

Segundo. Levantar la suspensión del acuerdo impugnado, de conformidad con el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

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