



Recurso nº 217/2020 C. Valenciana 61/2020

Resolución nº 485/2020

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

En Madrid, a 2 de abril de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. J.D.P.M., en nombre y representación de HIDRAQUA, GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE LEVANTE, S. A., contra el Acuerdo del Pleno del 28 de enero de 2020 por el que se adjudica el contrato de *“concesión administrativa de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en el término municipal de Silla”* expediente. 2004/F12783, licitado por el Ayuntamiento de Silla, en el territorio de la Comunidad Valenciana, el Tribunal ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 30 de noviembre de 2004 el Pleno del Ayuntamiento de Silla, aprueba el expediente de contratación con la consiguiente aprobación de los Pliegos de Cláusulas Económico-administrativas (PCEA) y de Prescripciones Técnicas (PPT) que debían regir el concurso para la adjudicación del Contrato, y la apertura de la licitación del contrato de concesión administrativa de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en el término municipal de Silla, expediente CNMY19/TE10A/51, publicándose el anuncio de licitación el 17 de diciembre de 2004 en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana (DOGV), modificado por anuncio de 11 de febrero de 2005.

El contrato, calificado como de gestión de servicio público, con una duración 25 años, siendo el procedimiento de tramitación ordinaria, procedimiento abierto, y forma de adjudicación mediante concurso.

En cuanto al régimen económico del contrato, conforme a la cláusula XX, XXI y XXII del Pliego de Cláusulas Económico Administrativas (PCEA), este es el siguiente.

*“XX. RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA CONCESIÓN: *CANON Y COMPROMISO ECONÓMICO*

El concesionario asume el compromiso económico siguiente:

1.- Aportar a la firma del contrato, el importe ofrecido en concepto de canon fijo a su proposición económica.

El CANON FIJO mínimo se establece en 2.000.000 euros.

2.- Aportar anualmente, el importe correspondiente al porcentaje de la facturación anual bruta comprometido en la proposición económica del año anterior.

3.- Ejecutar y financiar las inversiones incluidas en los Planes Directores presentados en su oferta, de acuerdo con el presupuesto y las características técnicas y económicas ofrecidas en la misma, una vez redactados y visados los correspondientes proyectos de obra y aprobados por el órgano municipal competente.

XXI. TARIFAS DEL SERVICIO.

Las tarifas y tasas por la prestación del servicio de abastecimiento de agua y alcantarillado y el resto de servicios complementarios serán las que estén aprobadas, en cada momento, por la administración municipal u organismo competente para cada tipo de servicio, y evolucionarán en el tiempo de acuerdo con el índice de precios al consumo.

El Ayuntamiento mantendrá en todo caso el equilibrio económico de la concesión.

Las tarifas del servicio, durante el primer año de la concesión, serán las que figuran al pliego de prescripciones técnicas.

Las tarifas y tasas, una vez aprobadas, serán comunicadas por el Ayuntamiento al concesionario por escrito quien tendrá la obligación de aplicarlas, y percibirá de los usuarios las cantidades dinerarias que procedan.

El concesionario no podrá anular ningún recibo, ni volver a los usuarios cantidad alguna, previamente ingresada en tal concepto, sin el previo acuerdo municipal al respecto, excepto que corresponda a errores materiales en la confección del recibo. En este caso, el concesionario notificará en el Ayuntamiento las modificaciones realizadas en cada periodo. Al respecto, el concesionario tramitará las solicitudes que reciba, relativas a

anulaciones y devoluciones, porque por la Administración Municipal se adopte el acuerdo correspondiente.

Aprobada la anulación o devolución de la misma, el concesionario procederá a volver las cantidades debidamente ingresadas, si así resultara procedente.

El concesionario tendrá el derecho y la obligación de informar con carácter previo, las solicitudes de los usuarios referentes a exenciones, bonificaciones, anulaciones y devoluciones que se refieren en los apartados anteriores. El Ayuntamiento regulará, mediante la correspondiente ordenanza fiscal municipal, las obligaciones tributarias de los usuarios con el concesionario del servicio y, en su caso, de este con el Ayuntamiento, en relación con las tarifas y las tasas por prestación de los servicios de abastecimiento de agua y alcantarillado y restantes servicios complementarios.

XXII. RETRIBUCIONES DEL CONCESIONARIO

El concesionario percibirá en concepto de retribución por los servicios objeto de la concesión:

- a) Los ingresos por la aplicación a los usuarios de las tarifas vigentes, en cada momento, de agua potable, alcantarillado y pluviales.*
- b) Las contribuciones especiales que el Ayuntamiento creyera oportuno imponer, en los casos de ampliación o renovación de las obras del Servicio.*
- c) Las subvenciones o compensaciones que, si es procedente, y para mantener el equilibrio económico financiero del concesionario, pueda otorgarle el Ayuntamiento o cualquier otra Administración.*
- d) El premio de cobranza por la recaudación otros tributos municipales u otras administraciones públicas, que el Ayuntamiento acuerdo incluir en los recibos de abastecimiento de agua y alcantarillado.*
- e) Cualquier otra que corresponda conforme a las bases de este pliego”*

Segundo. Iniciada la licitación del referido contrato, entre cuyos licitadores se encuentra AQUAGEST LEVANTE, S.A., sucedida por la actual HIDRAQUA, GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE LEVANTE, S.A.

El 1 de julio de 2005 la mesa propone como adjudicataria a SOCIEDAD AGUAS DE VALENCIA, S.A.

El 8 de julio de 2005, el Pleno de la Corporación se aparta de la propuesta, y adjudica el contrato a AQUAGEST LEVANTE, S.A.

La empresa SOCIEDAD AGUAS DE VALENCIA, S.A. recurre en vía contencioso-administrativa el Acuerdo de adjudicación, resolviéndose por sentencia número 451/08, de 22 de septiembre de 2008, del Juzgado de los Contencioso Administrativo número cuatro de los de Valencia, que lo estima parcialmente y ordena *“retrotraerse las actuaciones al trámite de estudio de las ofertas presentadas, para que nuevamente por los técnicos se proceda a la valoración de las propuestas realizadas conforme a los criterios fijados en el Pliego de condiciones, con una valoración unitaria y conjunta sobre el máximo de 30 puntos fijados en el mismo”*

La sentencia adquiere firmeza al ser confirmada en apelación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana por Sentencia de 29 de mayo de 2009.

Ordenada la retroacción de actuaciones por el órgano de contratación, la mesa de contratación propone como adjudicataria a AGUAS DE VALENCIA, S.A.

La Comisión Informativa de Urbanismo y Vivienda, apartándose de la propuesta propone al Pleno adjudicar el concurso a AQUAGEST LEVANTE, S. A.

El 13 de abril de 2010 el pleno acuerdo la adjudicación a AQUAGEST LEVANTE S. A.

El Acuerdo es recurrido en vía contencioso-administrativa por SOCIEDAD AGUAS DE VALENCIA S. A., resolviéndose por Sentencia número 72/12, de 13 de febrero de 2012, del Juzgado de los Contencioso Administrativo número uno de los de Valencia, que lo estima *“acordándose la retroacción del procedimiento al momento de valoración para que pueda ser objeto de valoración los aspectos medioambientales de las ofertas , causa esta que motivo la solicitud del informe al técnico municipal de medio ambiente por parte de la Alcaldía”*

La sentencia adquiere firmeza al ser confirmada en apelación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana por Sentencia de 24 de septiembre de 2014.

El 18 de diciembre de 2014 AQUAGEST LEVANTE, S. A., solicita que se inicie el procedimiento de ejecución de la sentencia.

El 23 de diciembre de 2014, por Decreto de la Alcaldía-Presidencia, se acuerda Iniciar procedimiento para dar cumplimiento a la sentencia.

El 16 de febrero de 2015 se reúne la mesa de contratación. El ingeniero técnico municipal explica los informes que emitió tanto en el año 2005 como el año 2009 y se ratifica en su último informe, puesto que los pliegos, las proposiciones de los licitadores y las condiciones para la adjudicación no han variado. La mesa lo hace suyo y asigna a las ofertas la siguiente puntuación en el criterio A.3 Plan Director Saneamiento (criterios medioambientales, entre otros), AGUAS DE VALENCIA, S. A, 28,38 puntos, AQUAGEST LEVANTE, S. A, 18,66 puntos y AQUALIA con 11,80 puntos. Seguidamente fija la puntuación total del siguiente modo.

LICITADORES	A) MEMORIA (Criterios A.1, A.2, A.3 y A.4)	B) PLAN VIABILIDAD	C) PROPOSICIÓN ECONÓMICA	TOTAL PUNTUACIÓN
AQUALIA	23,8	5,75	15	54,55
AQUAGEST LEVANTE, S. A.	49,66	7,35	15	82,01
AGUAS DE VALENCIA, S. A.	53,38	9,04	15	87,44

Por ultimo propone la adjudicación a AGUAS DE VALENCIA, S. A.

El 19 de febrero de 2015 HIDRAQUA, GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE LEVANTE, S. A., solicita que se acuerde el desistimiento del contrato, y solicita información sobre el régimen jurídico aplicable al contrato. Lo reitera el 11 de marzo.

El 31 de marzo de 2015 el Pleno desestima la petición de desistimiento municipal y respecto al régimen jurídico aplicable al contrato, el aplicable al pliego.

El 2 de mayo de 2018 AGUAS DE VALENCIA, S. A. insta al Ayuntamiento a adjudicar el contrato, lo que reitera el 5 de julio de. 2018.

El 16 de enero de 2020 por Decreto de la Alcaldía se convoca al Pleno para la adjudicación del contrato el 28 de enero

El 24 de enero de 2020, HIDRAQUA, GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE LEVANTE, S. A. presenta recurso contra el Decreto de convocatoria del pleno ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Valencia, en la que solicita así mismo la adopción de la medida cautelarísima de suspensión de la convocatoria.

El mismo día 24 de enero el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número seis de los de Valencia, dicta Auto acordando no adoptar la medida cautelarísima solicitada.

El 28 de enero de 2020 se acuerda la adjudicación del contrato a AGUAS DE VALENCIA, S. A.

El 30 de enero es remitida a HIDRAQUA, GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE LEVANTE, S. A. la notificación de Acuerdo, sin incluir pie de recurso ante este Tribunal.

Tercero. El 19 de febrero de 2020, a las 11:21 horas, se presenta en el registro electrónico de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de adjudicación, por HIDRAQUA, GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE LEVANTE, S. A., solicitando en el *petitum* que se *“anule y revoque el Acuerdo de adjudicación, retrotrayendo las actuaciones al momento legalmente oportuno, a fin de que el órgano de contratación pueda terminar el expediente de contratación conforme a Derecho”*

Cuarto. El órgano de contratación el 24 de febrero de 2020, remite a este Tribunal el expediente de contratación y su informe.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, el 25 de febrero de 2020, da traslado del recurso a los otros licitadores, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimar oportuno, formule alegaciones, habiendo hecho uso de tal facultad AGUAS DE VALENCIA, S. A..

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Con carácter previo al examen de la concurrencia de los requisitos de procedibilidad, hemos de analizar el régimen jurídico aplicable al contrato, así como a los recursos administrativos contra los actos dictados en el procedimiento de contratación.

La aprobación del expediente de contratación se produjo el 30 de noviembre de 2004, anunciándose la licitación el 17 de diciembre de ese mismo año.

La licitación se inició pues bajo la vigencia del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba (TRLCAP).

De conformidad con la disposición transitoria primera, apartado 1, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (anterior LCSP), que deroga el TRLCAP, los expedientes de contratación iniciados antes de su entrada en vigor se rigen por la normativa anterior, entendiéndose que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.

Por tanto, el régimen jurídico material aplicable al contrato y, por tanto, a su licitación, es el previsto en el TRLCAP.

En cuanto al régimen de recursos administrativos, el TRLCSP no establecía un régimen diferenciado del común a los actos administrativos contenido en la, entonces vigente, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)

La anterior LCSP, en su redacción original, regula en su artículo 37 y siguientes el recurso especial en materia de contratación, como previo al contencioso administrativo, previendo entre los contratos recurribles los de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, sin atribuir a un órgano independiente la resolución del recurso, sino el que en el ámbito de las Comunidades Autónomas, establezcan sus normas, que ha de ser un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, y en el ámbito del Estado al órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, y al titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene el carácter de Administración Pública.

Como consecuencia de la transposición de la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las

Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (D 2007/66/CE), la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (L 34/2010), modifica la regulación del recurso especial en materia de contratación, manteniendo a los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y con plazo de duración superior a cinco años, atribuyendo su resolución a un órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias, creando al efecto el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

La disposición transitoria tercera de la L 34/2010 establece en su apartado 2, lo siguiente, *“en los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrán interponerse la cuestión de nulidad y el recurso previsto en el artículo 310 de la Ley de Contratos del Sector Público y la reclamación regulada en los artículos 101 y siguientes de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, contra actos susceptibles de ser recurridos o reclamados en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”*; precepto reproducido por la disposición transitoria octava, apartado 2, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), que establece que *“en los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto podrán interponerse la cuestión de nulidad y el recurso previsto en el artículo 40 de esta Ley, contra actos susceptibles de ser recurridos o reclamados en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”*

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), deroga el TRLCSP, y modifica en forma sustancial la regulación del recurso especial en materia de contratación que -en consonancia con su desaparición como modalidad contractual y su

sustitución, ya por la concesión de servicio, ya por el contrato de servicios, según proceda-, no hace referencia al contrato de gestión de servicio público.

La disposición transitoria primera, apartados 1 y 4, de la LCSP establecen:

“1. 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. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

(...)4. Las revisiones de oficio y los procedimientos de recurso iniciados al amparo de los artículos 34 y 40, respectivamente, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo.

En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.”

Este Tribunal, atendiendo a lo dispuesto por la disposición transitoria primera, apartados 1 y 4, de la LCSP ha interpretado, a partir de su Resolución nº 437/2018, de 27 de abril, que *“se aplica la Transitoria Primera.1, de la Ley 9/2017 para determinar los contratos susceptibles de recurso, que serán en los expedientes iniciados con anterioridad, los del TRLCSP, artículo 40.1. Y se aplicará la Transitoria Primera,4, párrafo segundo, para la determinación de los concretos actos susceptibles de recurso en expedientes iniciados con anterioridad, pero dictados después de la vigencia de dicha Ley, actos que son los del artículo 44.2 de la Ley 9/2017”*

Esta doctrina, aplicable a los actos producidos en expedientes iniciados al amparo del TRLCSP con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, es igualmente aplicable a los que se rigen por la legislación anterior al TRLCSP ya sea la antigua LCSP en su primitiva redacción o, como en el caso que nos ocupa, el TRLCAP.

Ello es así porque el recurso especial en materia de contratación no es un instrumento de impugnación radicalmente distinto del recurso administrativo de reposición al que sustituye, sino que participa de la misma naturaleza impugnatoria de recurso administrativo, sin perjuicio de que su resolución no este atribuido a un órgano de la administración activa sino especial e independiente, como resulta hoy del artículo 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), y antes 107.2 de la LRJPAC, de modo que entre el régimen de recursos previstos en el TRLCAP, el recurso especial en materia de contratación previsto originalmente en la antigua LCSP, y los previstos en la citada LCSP a partir de la L 34/2010, el TRLCSP y la vigente LCSP no hay solución de continuidad.

Además así resulta de la dicción literal de las disposiciones transitorias tercera, apartado 2, de la L 34/2010 y octava, apartado 2, del TRLCSP, que se refiere a “*los expedientes de contratación iniciados antes*” de la entrada en vigor de la L 34/2010, sin distinguir entre el TRLCSP y las leyes contractuales anteriores, y de la disposición transitoria primera, apartados 4, segundo párrafo, de la LCSP, que tampoco establece dicha distinción

Además dicha solución es la que permite dotar de plena eficacia a la Directiva del Consejo 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 las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, y 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, al atribuir la resolución a un órgano independiente la resolución del recurso y dar al recurso contra el acto de adjudicación efecto suspensivo.

Segundo. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP, y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC), y la cláusula tercera del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales,

suscrito el 22 de marzo de 2013, y publicado en el BOE de 17 de abril de 2013, al ser el contratante una Corporación local de dicha Comunidad Autónoma.

Tercero. En aplicación de los artículos 42 y 48 de la LCSP ha de entenderse que la recurrente ostenta legitimación activa para la interposición del recurso, al ser licitadora en el procedimiento y, de estimarse el recurso, poder ser adjudicataria del contrato, ostentando por ello interés legítimo.

Cuarto. Se recurre el acto de adjudicación de un contrato de gestión de servicio público.

Conforme al artículo 40.1.c) del TRLCSP, aplicable al contrato objeto del presente recurso en virtud de lo dispuesto tanto en su disposición transitoria octava, apartado 2, como en la disposición transitoria primera, apartados 1, de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos referidos a los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

De conformidad con lo establecido en PCEA y el PPT el importe de los gastos de primer establecimiento son previsiblemente superiores y el plazo de duración excede de cinco años.

De conformidad con el artículo 44.2.c) de la LCSP, aplicable al acto recurrido conforme a la disposición transitoria primera, apartados 4, de la LCSP, aquel es susceptible de recurso.

Quinto. La notificación del acto de adjudicación impugnado se remitió individualmente a la recurrente el 30 de enero de 2020 y el recurso se interpuso en forma electrónica ante este Tribunal el 19 de febrero.

La notificación no contiene pie de recurso ante este Tribunal.

Conforme a los artículos 40.3 de la LPACAP y 19.5, segundo párrafo, del RPERMC, toda vez que la notificación referida a la adjudicación, contravienen los requisitos del artículo 40.2 de la LPACAP, el plazo para la interposición del recurso, previsto en el artículo 50.1.d) de la LCSP, se inicia en que el momento en que el interesado ha interpuesto el recurso, de modo que *dies a quo* y *dies ad quem* coinciden.

En consecuencia, el recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

Sexto. Los argumentos de la recurrente son los siguientes.

Que el Ayuntamiento, al estimar las solicitudes de adjudicación de la adjudicataria, sin dar audiencia a la recurrente, ha vulnerado los principios de transparencia, igualdad de trato, concurrencia y no discriminación, que presiden la legislación de contratación pública. Afirma que aquellas solicitudes tienen por objeto tejer una línea argumental tendente a influir a órgano de contratación para lograr la adjudicación en su favor, sin ajustarse o encontrar apoyo en ningún trámite o procedimiento preestablecido, y que, con posterioridad a la presentación de las ofertas, la adjudicataria presentó y el órgano de contratación aceptó nuevos argumentos, razones y documentos para lograr la adjudicación en su favor del contrato.

Que la oferta de la adjudicataria resulta inejecutable, inviable o de imposible cumplimiento, porque como resulta de los informes periciales que aporta con su recurso, como consecuencia del transcurso del tiempo, más de 15 años del inicio del expediente de contratación, y de la profunda transformación del servicio, la oferta de la adjudicataria y los pliegos, han quedado obsoletos, desfasados y no se ajustan a la realidad actual del servicio y de las instalaciones. De esta manera, la adjudicación del Contrato a AVSA determinaría bien la paralización o inejecución del servicio, bien la necesidad de proceder a una modificación sustancial, ilegal, del Contrato.

Que el órgano de contratación, mediante las puntuaciones otorgadas, está tratando de orillar el mandato de los Tribunales, en las diversas sentencias, en la medida en que, de manera artificial y torticera, pretende desdoblar las puntuaciones, de forma contraria a lo establecido en los pliegos.

Así afirma que los técnicos en su informe dividieron la puntuación total del criterio A3), propuesta de plan director de saneamiento (30 puntos sobre un total de 100) en dos sub apartados no contemplados en los pliegos, priorizando la evacuación de aguas pluviales (otorgándole 27 puntos) sobre el programa de control de la calidad y los vertidos de aguas residuales (otorgándole 3 puntos), y por ello el Acuerdo del Pleno de 8 de julio de 2005, reevaluó las ofertas ponderando adecuadamente la importancia de los vertidos de aguas residuales, y otorgó a mejor puntuación a la recurrente y le adjudicó el Contrato.

Señala que el Juzgado de lo Contencioso-administrativo 4 de Valencia lo anuló en su Sentencia núm. 451/2008, sentencias que señala que el pleno del Ayuntamiento no debió apartarse de la propuesta de la mesa sin el debido respaldo técnico, si bien apuntó que los informes técnicos habían evaluado incorrectamente los criterios de adjudicación.

Los nuevos informes técnicos de valoración no alteraron la puntuación del apartado A.3. de los Pliegos con respecto a la valoración efectuada para la primera adjudicación, no obstante, la Comisión Informativa de Urbanismo y Vivienda propuso a la recurrente, de acuerdo con el criterio expuesto en el informe del técnico municipal de medio ambiente, aprobándose la nueva adjudicación por Acuerdo del Pleno de 13 de abril de 2010.

El Juzgado de lo Contencioso-administrativo 1 de Valencia dictó la Sentencia núm. 72/2012 que anuló la segunda adjudicación y ordenó la retroacción de actuaciones de nuevo para la correcta valoración de las ofertas.

La propuesta de la mesa no ha reevaluado las puntuaciones a las ofertas, al haber mantenido los técnicos su anterior informe.

Todo ello a su juicio ha incumpliendo el espíritu de las Sentencias que anularon las dos primeras adjudicaciones.

De contrario señala el órgano de contratación lo siguiente.

Que la afirmación de que el Ayuntamiento ha vulnerado los principios de transparencia, igualdad de trato, concurrencia y no discriminación que presiden la legislación de contratación pública, al estimar las solicitudes adicionales de adjudicación de la adjudicataria, adjudicando el contrato, no es cierta, pues el órgano de contratación ha adjudicado el contrato conforme a la propuesta de la mesa de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 88 del TRLCAP. Todo ello en cumplimiento de la Sentencia nº 72/2012 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Valencia.

Que la mesa de contratación, elevó propuesta al Pleno de la Corporación hasta en tres ocasiones en el año 2015, no llegando a adoptarse el acuerdo por no obtener la mayoría necesaria, momento en que la recurrente solicita el desistimiento del contrato, denegándose dicha opción en base a un informe jurídico de la Secretaria Accidental, acuerdo no fue recurrido.

Mediante Auto de 8 de marzo de 2017, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 1 de Valencia acuerda tener por cumplida la Sentencia núm. 72/2012, señalando que los actos posteriores y la ulterior propuesta de adjudicación exceden del contenido de la sentencia cuya ejecución se insta y deberían ser objeto de un nuevo recurso administrativo y posterior recurso contencioso-administrativo. Por ello se acuerda elevar propuesta de adjudicación al Pleno a favor de la mercantil AGUAS DE VALENCIA, S.A., puesto que no ha sido motivado en ningún momento por el órgano de contratación la no adjudicación del contrato a dicha mercantil propuesta por la mesa de contratación. La sentencia se encuentra cumplida ya que se ha celebrado la mesa de contratación y se ha elevado propuesta al Pleno que ha adjudicado el contrato, no habiéndose vulnerado los principios de transparencia, igualdad de trato, concurrencia y no discriminación puesto que la recurrente ha tenido conocimiento y ha sido partícipe de todas las decisiones del Ayuntamiento, habiendo tenido acceso completo al expediente.

La mera lectura de las actuaciones de la recurrente desde que la mesa de contratación propuso a Aguas de Valencia, S.A. como adjudicataria denota claramente un abuso de su derecho a la defensa de sus intereses. Nadie niega su derecho a la defensa de sus intereses, pero del uso del derecho a su abuso, hay mucha distancia. Lo único pretendido por HIDRAQUA es la suspensión de la formalización del contrato para evitar la entrega de la gestión del servicio. Buena prueba de ello es optar por un recurso especial, inaplicable en este caso, que conlleva el efecto de suspensión del procedimiento.

En cuanto a que la adjudicación es inviable al recaer sobre una oferta de imposible cumplimiento señala que el objeto del contrato se ha venido prestando hasta la fecha de acuerdo con los pliegos, sin que se haya motivado en ningún momento ninguna imposibilidad en su ejecución por parte de la recurrente que es ahora la contratista del servicio.

En cuanto a las inversiones, de acuerdo con la definición del objeto del contrato del PCEA (clausula1): *“B) Además, el adjudicatario estará obligado a realizar las inversiones propuestas en los Planes Directores de su oferta de acuerdo con el compromiso económico que se especifica en el apartado XX de este pliego y una vez se hayan aprobado por parte del Ayuntamiento los proyectos constructivos correspondientes”*, y la prescripción 5.2, *“del Plan Director de Saneamiento”*, del PPT, establece: *“Así como en*

el otro Plan (se refiere al Plan Director de Abastecimiento), las ejecuciones e inversiones derivadas de las propuestas serán vinculantes por parte del licitador escogido respecto a las condiciones económicas y financieras, y cronograma propuesto. No obstante, este cronograma, las soluciones técnicas propuestas, su idoneidad y prioridad podrán ser alteradas o modificadas por el Ayuntamiento por razones de interés público del servicio.”.

Ello significa que las soluciones propuestas no son vinculantes en sí mismas, solamente respecto a las condiciones económicas y financieras, y en todo caso sujeto a la necesaria aprobación por el Ayuntamiento, que tendrá en cuenta en cada momento las necesidades de interés público a satisfacer, por lo que no se puede valorar en este momento que el contrato no es ejecutable.

Respecto a la afirmación de que las magnitudes más relevantes del servicio han variado sustancialmente en los últimos quince años, esta es una cuestión que ha sido objeto de consideración en el expediente de liquidación iniciado en ella año 2015, y que ha sido objeto de sentencia (360/2017, de 15 de diciembre del Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 6 de Valencia), donde se señala: *“no se ha producido ningún hecho, imputable a la Administración, que modificara las condiciones previstas en el pliego de condiciones técnicas y en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y que justifique dicha petición indemnizatoria. No es ya que la misma no fuera imprevisible ni sustancial, es que no consta que se haya producido siquiera dicha variación, no probándose, repetimos, la diferencia entre las condiciones económicas del año dos mil diez y las de los años subsiguientes en los que se ha incurrido en pérdidas, ni consta probado que el margen de pérdidas alegado por la entidad contratista no sea consecuencia, bien de unos incorrectos y desfasados estudios de costes por ella realizados, bien de la asunción inicial de los mismos durante el período inicial del contrato, y cuya imposibilidad de ser posteriormente compensada a consecuencia de la económico sino pérdida de lucro cesante.”*

En cuanto a la adjudicataria en sus alegaciones señala.

Que sus solicitudes solo pretendían la resolución definitiva del concurso, pues en modo alguno ha solicitado un cambio de la propuesta de la mesa de contratación (sería absurdo porque es la empresa propuesta para la adjudicación) ni con posterioridad ha habido un

cambio en la adjudicación, lógicamente, por tanto, la tesis de la recurrente carece de sustento.

Que no se produjo trámite de audiencia por el contenido de los escritos y porque la recurrente ha tenido siempre pleno conocimiento del expediente y acceso a él. Por todo ello, no existe vulneración alguna de los principios de transparencia, igualdad de trato, concurrencia y no discriminación.

Abunda en los argumentos del órgano de contratación en que los pliegos y la oferta no se encuentran desfasados.

Afirma que no existe desdoblamiento de puntuación respecto a las cuestiones medioambientales (apartado A3). En la propuesta de adjudicación de 2015 los técnicos municipales desdoblaron en dos 1 de los 4 apartados de la Memoria (Propuesta de Organización, Plan Director Abastecimiento, Plan Director Saneamiento y Plan limpieza red), concretamente el A3-Plan Director de Saneamiento. Esta cuestión se subsanó en 2010 y se sometió a revisión judicial. En febrero de 2015, los técnicos municipales valoraron el Plan Director de Saneamiento de forma conjunta. Por tanto, nada se puede achacar en este sentido a la adjudicación de enero de 2020.

Por ultimo solita la imposición de una multa por la mala fe en la interposición del recurso.

Séptimo. Entrando ya en los motivos de impugnación planteados hemos de rechazar *ad límine* dos de ellos.

En primer lugar todo aquello que se refiere a la hipotética inviabilidad del contrato y de la oferta del adjudicatario.

Es al órgano de contratación al que incumbe determinar las necesidades cuya cobertura justifican el contrato, y a ello obedece la redacción de los pliegos de la licitación, pliegos que no fueron impugnados en su momento por la recurrente, y sobre los que las sentencias firmes de los órganos jurisdiccionales contencioso administrativos no se pronunciaron deviniendo por ello firmes e inatacables. No compete a este Tribunal examinar la ejecución de los contratos y menos, como pretende la recurrente, preventivamente.

No obstante resulta sorprendente el argumento cuando la recurrente viene prestando el servicio con arreglo a condiciones sustancialmente iguales a las del Pliego, aunque

temporalmente más antiguas –y por tanto hipotéticamente más obsoletas que las nuevas, siguiendo la lógica de su argumentación- ,sin haberla puesto en cuestión.

En cuanto a la viabilidad de la oferta de la adjudicataria, no es un juicio que competa a este Tribunal, nuestro examen se limita a si la adjudicación ha sido o no correcta de acuerdo con los pliegos, y no tiene en cuenta consideraciones técnicas o de oportunidad que, por estar extramuros de los pliegos, no pueden ser objeto del análisis que constituye su competencia.

En segundo lugar, no es competencia de este Tribunal examinar si las sentencias judiciales se han cumplido correctamente o no, pues ello invadiría el ejercicio exclusivo de la potestad jurisdiccional por los Juzgados y Tribunales, únicos competentes, con arreglo al artículo 117.3 de la Constitución, para juzgar y ejecutar los juzgado, de modo que solo a través de un incidente de ejecución ante el Juzgado sentenciador (ex artículos 103.1 y 109 de Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa) pudo esa recurrente suscitar contienda sobre los términos de la ejecución de su sentencia. Además la última sentencia recaída, como sabe la recurrente, fue declarado cumplido por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Valencia, mediante Auto de 8 de marzo de 2017, cumplida, sin que sacar a relucir ahora una hipotética inexecución de la sentencia dictada con anterioridad anulando un acto de adjudicación anterior, del que el último anulado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Valencia es consecuencia necesaria de su ejecución, tenga un mínimo sentido lógico o jurídico.

En definitiva, los únicos argumentos sobre los que este Tribunal ha de pronunciarse es si la actuación del adjudicatario solicitando la ejecución de la sentencia ha infringido o no el TRLCAP, norma aplicable a la contratación que se sustancia, y si la mesa de contratación, sobre la base del informe técnico de evaluación, ha cumplido o no el pliego al proponer la nueva adjudicación.

En cuanto a la primera cuestión suscitada es obvio que las solicitudes de ejecución de la sentencia, como las contrarias que ha presentado la recurrente, no vulneran el procedimiento de contratación.

Los interesados en el procedimiento de licitación, como cualquier otro interesado en los procedimientos administrativos, tiene derecho a intervenir en el procedimiento formulando

alegaciones (artículos 53.1.e, y 76 de la LPACAP), sin que del legítimo ejercicio de un derecho subjetivo pueda inferirse un propósito de presión al órgano de contratación y, menos aún, extraños conciábulos -insinuados y no probados- entre el adjudicatario y los órganos administrativos.

Además es contrario a la verdad que las solicitudes en tal sentido incorporasen documentos o consideraciones que hubieran alterado la oferta del adjudicatario, máxime cuando las propuestas sucesivas de la mesa y los informes técnicos en que se fundaron, de los que inmotivadamente –por lo que fueron anuladas por los Tribunales- por dos veces se apartó el órgano de contratación en favor de la adjudicación a la recurrente, eran sabidamente favorables al hoy adjudicatario, y no precisaba el adjudicatario del artificio aducido.

En fin no se entiende porque la solicitud de que se proceda a ejecutar una sentencia firme, y por tanto un acto impuesto al órgano de contratación por el ordenamiento jurídico, precisa dar audiencia a la recurrente, que no puede ver afectado sus derechos e intereses legítimos porque se cumplan las sentencias de los Tribunales, ni menos que el que se haya prescindido de tal trámite -que se referirá al procedimiento administrativo relativo a la solicitud de ejecución y no al procedimiento de licitación-, haya vulnerado los principios de transparencia, igualdad de trato, concurrencia y no discriminación del TRLCAP, infracción que no se argumenta mínimamente.

En cuanto a la valoración de las ofertas, ello nos lleva nuevamente a nuestra inveterada doctrina sobre la discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas, en lo que al cumplimiento de los criterios dependientes de juicio de valor se refiere.

Los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad de que se refieren a cuestiones que, por sus características, no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos pre determinables. Por el contrario, aun cuando se valoren en términos absolutamente objetivos no es posible prever de antemano con certeza cuál será el resultado de la valoración. Básicamente los elementos de juicio a considerar para establecer la puntuación que procede asignar por tales criterios a cada proposición descansan sobre cuestiones de carácter técnico.

Por ello es de plena aplicación a tales casos la doctrina sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración.

Ello supone que, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, este Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

Por lo que al caso objeto del presente recurso se refiere, en que por dos veces los Tribunales de justicia han anulado la actuación del órgano de contratación apartándose sin motivación suficiente de la propuesta de la mesa de contratación conforme al informe técnico de evaluación, no se aprecia, a la vista del último informe técnico emitido, de la argumentación de la recurrentes, del informe del órgano de contratación que ratifica en todos sus extremos el informe técnico, y de las alegaciones de la adjudicataria, que concurra infracción del ordenamiento jurídico en ninguno de sus aspectos formales, ni la existencia manifiesta de una aplicación arbitraria o errónea de los criterios de valoración, no cabe sino que este Tribunal, lejos de desvirtuar el resultado de la valoración efectuada, la confirme en todos sus términos.

En consecuencia, se desestima el recurso y se confirma la validez del acto recurrido.

Octavo. Queda por último apreciar si la recurrente ha incurrido en temeridad y corresponde imponerle la consecuencia jurídica que prevé el artículo 58.2 de la LCSP que dispone.

“2. En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

El importe de la multa impuesta se ingresará en todo caso en el Tesoro Público.

Las cuantías indicadas en este apartado podrán ser actualizadas por Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública.”

Este Tribunal aprecia una clara actuación fraudulenta y de abuso de derecho en la recurrente, que ha acudido y acude a diversos procedimientos judiciales y administrativos –entre los que se encuentra este recurso- para impedir que se materialice la adjudicación del servicio que viene prestando de forma prolongada manteniendo la paralización del procedimiento de licitación, retorciendo argumentos y omitiendo actuaciones jurisdiccionales en su recurso que perjudican sus argumentos.

Así es indudable que la recurrente de mala fe ha perjudicado a la Administración contratante, al otro licitador, y que con ello ha obtenido durante un elevado número de años un beneficio económico cierto y que puede ser cuantificado.

Esto no obstante el órgano de contratación y el adjudicatario no han evaluado en su informe y alegaciones la cuantía del perjuicio producido, ni de los beneficios obtenidos por la recurrente, por lo que solo cabe imponer la multa de 3.000 euros.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. J.D.P.M., en nombre y representación de HIDRAQUA, GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE LEVANTE, S. A., contra el Acuerdo del Pleno del 28 de enero de 2020 por el que se adjudica el contrato de *“concesión administrativa de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en el término municipal de Silla”* expediente. 2004/F12783, licitado por el Ayuntamiento de Silla.

Segundo. Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP, en la cuantía de 3.000 euros que deberán ingresarse en el Tesoro público.

Tercero. Levantar la suspensión del procedimiento de licitación en aplicación del artículo 57.3 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 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

NOTA: Téngase en cuenta que el plazo ha quedado interrumpido por la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, salvo que como interesado prefiera realizar el trámite antes de que pierda vigencia el citado Real Decreto.