



Recurso nº 1583/2019 C.A. Illes Balears 114/2019

Resolución nº 303/2020

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

En Madrid, a 5 de marzo de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. L. G. G., en nombre y representación de SOCIEDAD DE FOMENTO AGRÍCOLA CASTELLONENSE, S.A., contra los pliegos que rigen la licitación convocada por la Mancomunidad del Pla de Mallorca, entidad local de la Comunidad Autónoma de Illes Balears, para contratar la *“Concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado de la Mancomunidad del Pla de Mallorca”*, expediente EXP 04/2019; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En julio de 2018 la empresa HIDROBAL GESTIÓN DE AGUAS DE BALEARES, S.A.U. presenta un estudio de viabilidad del servicio de agua y alcantarillado de la Mancomunidad del Pla de Mallorca.

El 29 de noviembre de 2018, el Pleno de la Mancomunidad, acepta el estudio de viabilidad presentado para la contratación, mediante concesión, del servicio de suministro de agua y alcantarillado a los municipios que la integran, sometiendo el estudio a información pública, publicándose su anuncio en el Boletín Oficial de Illes Balears (BOIB) de 8 de diciembre de 2018.

El 4 de marzo de 2019 se produce la aprobación definitiva por el Pleno de la Mancomunidad del estudio de viabilidad presentado, y del anteproyecto para la contratación de la concesión del servicio de agua y alcantarillado, publicándose en el BOIB el 30 de marzo y el 16 de abril de 2019.

El 24 de noviembre de 2019, rectificado el 26 de noviembre, en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP) y el 26 de noviembre de 2019, rectificado el 27 de noviembre, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) se publican los anuncios de la licitación del contrato de concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado de la Mancomunidad del Pla de Mallorca, expediente EXP 04/2019, que no incluyen los pliegos.

El 25 de noviembre de 2019 a las 12:32 horas se publican en la PCSP los pliegos, que son rectificados y publicados de nuevo en la citada Plataforma, el 28 de noviembre, el 4 de diciembre, el 16 de diciembre, el 19 de diciembre y, por último, el 23 de diciembre a las 9:30 horas.

El contrato, calificado como de concesión de servicios, clasificaciones CPV 65000000, Servicios públicos, 65110000, Distribución de agua, 65111000, Distribución de agua potable, 65130000, Explotación del suministro de agua, 90400000, Servicios de alcantarillado, y 90480000, Servicios de gestión de alcantarillados, tiene un valor estimado de 41.535.723,66 euros, IVA excluido, sujeto a regulación armonizada, licitándose por procedimiento abierto, siendo de tramitación ordinaria, y la presentación de la oferta manual.

En los anuncios se señala como forma de obtención de los pliegos su descarga a través de la PCSP en la que se aloja el perfil del contratante.

En lo que a la resolución del recurso importa, el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares (PCAP) establece lo siguiente en su cláusula 17 *“Procedimiento de adjudicación y criterios de valoración”*:

“El contrato se adjudicará, mediante procedimiento abierto del artículo 156 y siguientes de la LCSP, tomando como base los criterios de adjudicación que se establecen a continuación.

1.39. Criterios de adjudicación

La adjudicación del contrato recaerá en la empresa licitadora que, en su conjunto, haga la oferta con mejor relación calidad-precio según los criterios establecidos en este pliego.

Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se valoraran sobre un total de 100 puntos y se agrupan, a efectos de su valoración, en las siguientes categorías:

A Criterios evaluables mediante juicio de valor: hasta 45 puntos.

B. Criterios evaluables mediante fórmulas: hasta 55 puntos.

Dado que el proyecto es consecuencia de la presentación de un estudio de viabilidad por iniciativa privada, a la hora de valorar las ofertas presentadas, se estará a lo establecido en el artículo 247. 5 de la LCSP para la iniciativa privada y, por lo tanto, se le otorgará 5 puntos porcentuales adicionales a los obtenidos por aplicación de los criterios adjudicación establecidos en el presente Pliego, a la entidad promotora de la iniciativa privada.

La evaluación de los criterios señalados se realizará en los siguientes términos:

A. CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIO DE VALOR, HASTA 45 PUNTOS.

Para la valoración de las proposiciones evaluables mediante juicio de valor, se atenderá a criterios vinculados al objeto del contrato tales como la organización y gestión del servicio, la calidad y el servicio prestado, la relación con los usuarios y con el órgano contratante, el uso de las tecnologías más avanzadas, la gestión sostenible de los recursos, el compromiso con la eficiencia energética y la conservación del entorno, la idoneidad de las actuaciones e inversiones propuestas, la formación continua y el compromiso con el empleo y el desarrollo profesional de los trabajadores, los planes de igualdad entre hombres y mujeres, la transparencia en las relaciones comerciales con proveedores y concesionarios, y el seguimiento y control de la gestión realizada.

Las proposiciones de los licitadores deberán ajustarse a las condiciones de formato previstas en el presente Pliego. Asimismo, se exigirá que las proposiciones se ajusten en su descripción técnica a las prescripciones técnicas contenidas en el Pliego Técnico, no siendo necesario que recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones previstas, sino exclusivamente aquellas que sean necesarias para proceder a la valoración de la adecuación de las ofertas al cumplimiento del objeto del contrato.

Cada oferta será valorada de forma independiente entre licitadores, pudiendo darse el caso de obtención de idéntica puntuación entre los licitadores, dado que la oferta será evaluada y puntuada según la calidad de la oferta presentada, en base a los criterios recogidos en la siguiente tabla.

Criterios evaluables mediante juicio de valor	45
Plan de Explotación de los Servicios	20
<i>Plan de Gestión, Explotación, Mantenimiento y Conservación de las instalaciones y redes de abastecimiento de agua potable</i>	<i>3</i>
<i>Plan de Control de calidad del agua suministrada</i>	<i>1,5</i>
<i>Plan de Gestión y lectura de contadores</i>	<i>1,5</i>
<i>Plan de Mejora del balance hidráulico del sistema de agua potable</i>	<i>3,5</i>
<i>Plan de Gestión, Explotación, Mantenimiento y Conservación de las instalaciones y redes de alcantarillado</i>	<i>3</i>
<i>Plan de Gestión Comercial</i>	<i>1,5</i>
<i>Plan de Información y sensibilización</i>	<i>1</i>
<i>Plan de Calidad de los servicios, gestión de la calidad, riesgos laborales y gestión ambiental</i>	<i>1</i>
<i>Plan de Innovación y herramientas de gestión</i>	<i>1,5</i>
<i>Plan de Emergencias del Servicio de Agua Potable y Alcantarillado</i>	<i>2,5</i>
Proyecto de Organización y Gestión del Servicio	12

Planificación de Inversiones y definición de otras actuaciones necesarias	10
<i>Diagnóstico de /as infraestructuras y del funcionamiento del servicio</i>	2
<i>Planificación de /as inversiones definidas en el Anteproyecto</i>	3
<i>Propuesta de inversiones a realizar con cargo al canon variable</i>	5
Mejoras ambientalmente sostenibles	3
<i>Medidas de ahorro en el consumo de agua, tanto para el consumo doméstico como para el uso municipal</i>	1,5
<i>Reducción de Consumo de Energía</i>	0,5
<i>Mejora en la gestión de residuos y/o reducción en la generación</i>	0,5
<i>Reducción de emisiones atmosféricas (gases contaminantes, lumínicas, ruido, etc.)</i>	0,5

A efectos de evitar la presentación de ofertas técnicas imprecisas, deficientes o no ajustadas a las especificaciones técnicas establecidas en el correspondiente Pliego, serán excluidas del procedimiento de licitación las ofertas que no alcancen **VEINTE (20)** puntos en la valoración de los criterios evaluables mediante juicios de valor.

B. CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE FÓRMULAS. HASTA 55 PUNTOS.

En este apartado se evaluará los criterios siguientes.

1º. - Canon variable de renovación de redes: hasta 25 puntos

El canon variable de renovación de redes **mínimo será de 2,5%**, mejorable al alza hasta un **máximo del 6,5%**, sobre el importe facturado (IV A excluido) durante el ejercicio.

El número que precede al símbolo % podrá ser **entero o decimal**, en cuyo caso la parte decimal no podrá exceder de **un decimal**.

Se otorgará el máximo de puntuación (25 puntos) al licitador que en su oferta comprometa el 6,5%.

Las ofertas que propongan el porcentaje mínimo (2,5%) obtendrán cero puntos (0 puntos).

Las ofertas intermedias se valorarán aplicando la siguiente fórmula:

$$V(CV) = \frac{25 \cdot CV_o - CV_{\min}}{CV_{\max} - CV_{\min}}$$

Donde:

- *V(CV): Puntuación del licitador*
- *CV_o: Canon Variable de renovación de redes ofertado por el licitador*
- *CV_{mín}: Canon Variable de renovación de redes mínimo (2,5%)*
- *CV_{máx}: Canon Variable de renovación de redes máximo (6,5%)*

2º. - Canon inicial: hasta 20 puntos.

*El canon inicial mínimo será de **800.000 €**, mejorable al alza.*

*La cantidad ofertada deberá ser un **número entero**.*

Se otorgará el máximo de puntuación (20 puntos) al licitador que en su oferta comprometa el mayor canon inicial.

Las ofertas que propongan un canon inicial por el importe mínimo (800.000 €) obtendrán cero puntos (0 puntos).

Las ofertas intermedias se valorarán aplicando la siguiente fórmula:

$$V(C) = \frac{20 \cdot (C_o - 800.000)^{1/5}}{(C_{\max} - 800.000)^{1/5}}$$

Donde:

- $V(C)$: Puntuación del licitador
- Co : Canon inicial ofertado por el licitador
- $Cmáx$: Canon inicial máximo ofertado

3°. - Seguimiento y Control de la concesión: hasta 7 puntos.

El porcentaje mínimo destinado anualmente para el seguimiento y control de la concesión **será del 1%**, mejorable al alza hasta un **máximo del 3%**, sobre el importe facturado (IVA excluido) durante el ejercicio.

El número que precede al símbolo% podrá ser **entero o decimal**, en cuyo caso la parte decimal no podrá exceder de **un decimal**.

Se otorgará el máximo de puntuación (7 puntos) al licitador que en su oferta comprometa el 3%.

Las ofertas que propongan un el porcentaje mínimo (1%) obtendrán cero puntos (0 puntos).

Las ofertas intermedias se valorarán aplicando la siguiente fórmula:

$$V(S \text{ y } C) = \frac{7 * SyCo - SyCmín}{SyCo - SyCmín}$$

Donde:

- $V(SyC)$: Puntuación del licitador
- $SyCo$: Seguimiento y control ofertado por el licitador
- $SyCmín$: Seguimiento y control mínimo obligatorio (1%)

- SyCmáx: Seguimiento y control máximo (3%)

4º. - Fondo social: hasta 3 puntos.

*El fondo social **máximo será de 5.000 €** anuales, revisables según lo regulado en la Cláusula*

*La cantidad ofertada deberá ser un **número entero**.*

Se otorgará el máximo de puntuación (3 puntos) al licitador que en su oferta se comprometa a dotar anualmente con el importe máximo de 5.000 € a este fondo, y al resto según la siguiente fórmula:

$$V(Fs) = \frac{3 * Fso}{5.000}$$

Donde:

- $V(Fs)$: Puntuación del licitador
- Fso : Fondo social ofertado por el licitador”

Segundo. El 4 de diciembre de 2019, se presenta en el registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el anuncio y la cláusula 17.1 del PCAP, por SOCIEDAD DE FOMENTO AGRÍCOLA CASTELLONENSE, S.A. con el siguiente *petitum*, que se “dicte resolución estimándolo, declarando la nulidad de la referida cláusula y mandando anular la licitación.”

También se solicita la suspensión del procedimiento de adjudicación.

Tercero. El órgano de contratación, el 11 de diciembre de 2019, remite el expediente de contratación al Tribunal, acompañándolo de su informe.

En el expediente consta certificación de que, a 11 de diciembre de 2019, no se habían presentado proposiciones.

Cuarto. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 20 de diciembre de 2019 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de 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), de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. 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, en el artículo 22.1.1º del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante RPERMC), y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 29 de noviembre de 2012 (BOE de fecha 19/12/2012), prorrogado tácitamente mediante Resolución de fecha 15 de diciembre de 2015 (BOE de fecha 17/12/2015) y nuevamente prorrogado tácitamente mediante Resolución de fecha 11 de diciembre de 2018 (BOE de fecha 20/12/2018).

Segundo. Se recurren el anuncio y el pliego de un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado excede de 3.000.000,00 de euros.

El acto es recurrible de conformidad con los artículos 44.1.c) y 2.a) de la LCSP y 22.1.3º y 4º del RPERMC.

Tercero. Hemos de examinar la legitimación de la recurrente.

El primer párrafo del artículo 48 de la LCSP establece que *“podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o*

intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

La recurrente, empresa que por su objeto social puede ser licitador en el procedimiento de contratación, y que no ha presentado aún oferta, tiene interés legítimo en la impugnación del pliego que pueda serle aplicado y, en consecuencia, goza de legitimación.

Cuarto. El 24 de noviembre de 2019, rectificado el 26 de noviembre, en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP) y el 26 de noviembre de 2019, rectificado el 27 de noviembre, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) se publicaron los anuncios de licitación.

El 25 de noviembre de 2019 a las 12:32 horas se publicaron en la PCSP los pliegos, que han sido rectificados varias veces siendo la última rectificación y publicación de 23 de diciembre de 2019.

El 4 de diciembre de 2019 se interpuso en recurso, presentado en el registro electrónico de este Tribunal.

El recurso se ha presentado en tiempo y forma conforme a lo dispuesto en los artículos 50.1.a) y b) de la LCSP, 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y 22.1. 5º y 6º del RPERMC.

Carece de fundamento la afirmación del órgano de contratación en su informe de que el recurso es extemporáneo porque no impugnó la recurrente el estudio de viabilidad, pues confunde la entidad local el objeto del recurso, pues este no es aquel estudio, que no es susceptible de recurso en materia de contratación, sino los anuncios y el pliego ahora impugnados.

Quinto. Los argumentos de la recurrente son los siguientes.

La impugnación se dirige contra la previsión del PCAP de otorgar 5 puntos porcentuales adicionales en la valoración de las ofertas a la empresa que ha realizado el estudio de viabilidad del servicio, por entender que es una previsión del contrato de concesión de obras no aplicable al contrato de concesión de servicios, y que restringe injustificadamente la competencia y vulnera el principio de igualdad y no discriminación.

Así señala que si bien el artículo 247 de la LCSP prevé la posibilidad de que se admita la iniciativa privada en la presentación de estudios de viabilidad de eventuales concesiones, previendo que en el supuesto de que el estudio de viabilidad culminara en el otorgamiento de la correspondiente concesión, salvo que dicho estudio hubiera resultado insuficiente de acuerdo con su propia finalidad, su autor tendrá derecho en la correspondiente licitación a 5 puntos porcentuales adicionales a los obtenidos por aplicación de los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP, solo es aplicable a los contratos de concesión de obra porque:

El artículo se refiere a la *“viabilidad de eventuales concesiones”*, de modo que se premia a quienes plantean una concesión de obras que se decide impulsar gracias al estudio de viabilidad y que no existía antes, y por ello, se restringe al supuesto en que el estudio resulte suficiente para su finalidad, garantizando la viabilidad de una concesión de obra que hasta ese momento no está implementada. Mientras que la viabilidad de una concesión en un servicio público es distinta, pues la Administración está obligada a prestar un servicio que tiene asumido como propio, y el estudio se debe limitar a verificar si es viable la concesión por la transmisión del riesgo operacional. Por ello el estudio no determina que se ejecute la obra y se lleve a cabo, sino que permite definir un modelo de gestión, y por ello el artículo 285.2 de la LCSP admite un mero estudio de viabilidad económico en lugar de un estudio de viabilidad completo como el que se recoge en el artículo 247.1 de la LCSP.

Los servicios que se licitan, suministro de agua potable y alcantarillado, son servicios de prestación obligatoria para la Administración, por lo que no casan con la eventualidad de las concesiones a que se refiere el artículo 247 de la LCSP.

Si bien el artículo 297 de la LCSP dispone que, en lo no previsto en las normas referidas al contrato de concesión de servicios, sea de aplicación la regulación establecida en la LCSP respecto al contrato de concesión de obras, solo es posible si resulta compatible con la naturaleza de aquel, lo que no es el caso.

Además, el hecho de que el estudio haya sido confeccionado por el anterior gestor del servicio es contrario a toda lógica, y otorga una ventaja competitiva contraria a los principios de igualdad y no discriminación, y libre concurrencia.

Además, entiende que la previsión del PCAP es un fraude de ley, pues en este caso la anterior prestadora del servicio ha presentado ante la mancomunidad un estudio de viabilidad referido a un servicio que se está ya prestando en el municipio en régimen de gestión indirecta por precisamente dicha empresa privada.

También señala que, del análisis del pliego y de sus criterios de valoración le lleva a concluir que la licitación va dirigida a que el actual gestor del servicio, obtenga la mejor puntuación, analizando los criterios evaluables mediante fórmulas, señala que la fórmula del único criterio que a priori no está limitado, el canon inicial, represente una curva plana que llegado a determinado punto experimente un incremento de puntos muy pequeño a pesar del incremento del canon, el cual a su vez también se halla limitado, de modo que con el premio de 5 puntos la empresa gestora del servicio y presentante del estudio sería siempre adjudicataria.

De contrario aduce el órgano de contratación lo siguiente.

Que el estudio de viabilidad al que se refiere el artículo 247.5 de la LCSP no tiene por objeto determinar si es posible construir y explotar una obra, sino si es posible hacerlo mediante un instrumento jurídico preciso como es el contrato de concesión de servicios. Dicho, en otros términos, no es posible establecer una relación biunívoca entre la construcción y explotación de una obra y la realización de estas actuaciones mediante una concesión de obra.

Que la conclusión establecida por la recurrente de que la previsión del artículo 247.5 de la LCSP es incompatible con el contrato de concesión de servicios, en tanto los servicios

públicos son servicios de prestación obligatoria por imperativo legal, no es aceptable por cuanto la funcionalidad del estudio de viabilidad no es la de analizar la viabilidad de una determinada obra, sino, específicamente, la viabilidad de su desarrollo mediante un instrumento específico determinado como es el contrato de concesión.

Afirma que la LCSP amplía en su artículo 28.3 el ámbito de aplicación de la iniciativa privada en el estudio de viabilidad de forma expresa a la concesión de servicios.

En el ámbito específico de los servicios públicos locales la disposición adicional tercera, apartado quinto, de la LCSP establece que, en los contratos de concesión de obras y de servicios, el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida que exige el artículo 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LrBRL), se tramitará conjuntamente con el estudio de viabilidad regulado en la LCSP, y el referido precepto presupone la existencia del servicio y centra las exigencias de evaluación en la forma de prestarlo. El estudio de viabilidad se concibe como un instrumento de análisis dentro del expediente cuya finalidad no es otra que determinar la forma más sostenible y eficiente de gestión del servicio.

En cuanto a la fórmula de valoración del canon variable, afirma que dicha fórmula responde a la discrecionalidad de la Administración no quebrantando el principio de libre concurrencia, y que el efecto que afirma es una mera hipótesis.

Sexto. El recurso gira en torno a la aplicación a la licitación de lo dispuesto en el artículo 247.5 de la LCSP.

El artículo 247 de la LCSP, enclavado en la sección 1ª *“actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obras”*, el Capítulo II *“del contrato de concesión de obras”*, del Título II *“de los distintos tipos de contratos de las Administraciones Públicas”*, se ocupa del estudio de viabilidad, y establece:

“1. Con carácter previo a la decisión de construir y explotar en régimen de concesión unas obras, el órgano que corresponda de la Administración concedente acordará la realización de un estudio de viabilidad de las mismas.”

2. El estudio de viabilidad deberá contener, al menos, los datos, análisis, informes o estudios que procedan sobre los puntos siguientes:

a) Finalidad y justificación de las obras, así como definición de sus características esenciales.

b) Justificación de las ventajas cuantitativas y cualitativas que aconsejan la utilización del contrato de concesión de obras frente a otros tipos contractuales, con indicación de los niveles de calidad que resulta necesario cumplir, la estructura administrativa necesaria para verificar la prestación, así como las variables en relación con el impacto de la concesión en la estabilidad presupuestaria.

c) Previsiones sobre la demanda de uso e incidencia económica y social de las obras en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión.

d) Valoración de los datos e informes existentes que hagan referencia al planeamiento sectorial, territorial o urbanístico.

e) Estudio de impacto ambiental cuando este sea preceptivo de acuerdo con la legislación vigente. En los restantes casos, un análisis ambiental de las alternativas y las correspondientes medidas correctoras y protectoras necesarias.

f) Justificación de la solución elegida, indicando, entre las alternativas consideradas si se tratara de infraestructuras viarias o lineales, las características de su trazado.

g) Riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de las obras.

h) Coste de la inversión a realizar, así como el sistema de financiación propuesto para la construcción de las obras con la justificación, asimismo, de la procedencia de esta.

i) Estudio de seguridad y salud o, en su caso, estudio básico de seguridad y salud, en los términos previstos en las disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción.

j) El valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario, a efectos de la evaluación del riesgo operacional, así como los criterios que sean precisos para valorar la tasa de descuento.

k) Existencia de una posible ayuda de Estado y compatibilidad de la misma con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los casos en que para la viabilidad de la concesión se contemplen ayudas a la construcción o explotación de la misma.

3. La Administración concedente someterá el estudio de viabilidad a información pública por el plazo de un mes, prorrogable por idéntico plazo en razón de la complejidad del mismo y dará traslado del mismo para informe a los órganos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Entidades Locales afectados cuando la obra no figure en el correspondiente planeamiento urbanístico, que deberán emitirlo en el plazo de un mes.

4. El trámite de información pública previsto en el apartado anterior servirá también para cumplimentar el concerniente al estudio de impacto ambiental, en los casos en que la declaración de impacto ambiental resulte preceptiva.

5. Se admitirá la iniciativa privada en la presentación de estudios de viabilidad de eventuales concesiones. Presentado el estudio será elevado al órgano competente para que en el plazo de tres meses comunique al particular la decisión de tramitar o no tramitar el mismo o fije un plazo mayor para su estudio que, en ningún caso, será superior a seis meses. El silencio de la Administración o de la entidad que corresponda equivaldrá a la no aceptación del estudio.

En el supuesto de que el estudio de viabilidad culminara en el otorgamiento de la correspondiente concesión, salvo que dicho estudio hubiera resultado insuficiente de acuerdo con su propia finalidad, su autor tendrá derecho en la correspondiente

licitación a 5 puntos porcentuales adicionales a los obtenidos por aplicación de los criterios de adjudicación establecidos en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares. Para el caso de que no haya resultado adjudicatario tendrá derecho al resarcimiento de los gastos efectuados para su elaboración, incrementados en un 5 por cien como compensación, gastos que podrán imponerse al concesionario como condición contractual en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares. El importe de los gastos será determinado en función de los que resulten justificados por quien haya presentado el estudio.

6. La Administración concedente podrá acordar motivadamente la sustitución del estudio de viabilidad a que se refieren los apartados anteriores por un estudio de viabilidad económico-financiera cuando por la naturaleza y finalidad de las obras o por la cuantía de la inversión requerida considerara que este es suficiente. En estos supuestos la Administración elaborará, además, antes de licitar la concesión, el correspondiente anteproyecto o proyecto para asegurar los trámites establecidos en los apartados 3 y 4 del artículo siguiente.

7. El órgano que corresponda de la Administración concedente deberá aprobar el estudio de viabilidad o, en su caso, adoptar la decisión de sustitución mencionada en el apartado anterior, y publicar estas decisiones en el correspondiente perfil del contratante.”

Así, conforme a su apartado 1, el artículo 247 de la LCSP regula una actuación preparatoria imperativa para el órgano de contratación, previa a la decisión de construir y explotar “*en régimen de concesión unas obras*”, de modo que, sin la realización y aprobación del estudio de viabilidad de las obras, el procedimiento del contrato de concesión de obras no puede tan siquiera iniciarse.

El estudio tiene un contenido mínimo que, inescindiblemente, se refiere tanto a la realización de la obra y su financiación, como a su explotación una vez terminada.

Así por tanto el precepto es solo de aplicación directa a las obras que se prevea realizar mediante un contrato de concesión de obras y por tanto no a cualquiera obra que se pretenda realizar, pues no es un requisito del contrato de obras.

El estudio de viabilidad puede ser realizado por los servicios propios de la Administración contratante, o mediante la contratación del correspondiente servicio, como cualquier otra actuación susceptible de contrato. Ahora bien, el apartado 5 del artículo 247 de la LCSP regula una posibilidad específica, la de que los particulares espontáneamente elaboren y presenten a la Administración un estudio de viabilidad de *“eventuales concesiones”*, calificando dicho comportamiento como una modalidad de iniciativa privada.

Esa posibilidad se incentiva concediéndole a su autor, de ser licitador en la licitación del contrato de concesión de obra, de 5 puntos porcentuales adicionales a los obtenidos por aplicación de los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP, siempre que el estudio presentado culmine en el otorgamiento de una concesión, y el estudio hubiera resultado suficiente de acuerdo con su propia finalidad.

Para el caso de que el autor no haya resultado adjudicatario del contrato se prevé el resarcimiento de los gastos efectuados para la elaboración del estudio, incrementados en un 5 por cien como compensación.

Así la recompensa consistente en que el licitador que presentó el estudio obtenga 5 puntos porcentuales adicionales en la valoración de su oferta, es una excepción al principio general de igualdad de los licitadores, desigualdad que, para no ser discriminatoria por irrazonable, precisa que se ajuste estrictamente a lo previsto en el artículo 247.5 de la LCSP, precepto que, por su carácter de singularidad respecto de los principios de igualdad y concurrencia, debe ser interpretado restrictivamente.

Por ello solo cabe cuando el estudio presentado haya sido una *“iniciativa”* que se refiera a *“eventuales concesiones”*, por tanto, no puede referirse a la elaboración del estudio de viabilidad en concesiones que se renuevan tras un anterior contrato con el mismo objeto, salvo que se introduzcan variaciones sustanciales en aquel objeto, es decir en la obra que se pretende hacer y explotar, pues de otro modo faltaría el carácter innovador que se desprende de los términos iniciativa y eventual.

Visto lo anterior, en el PCAP que nos ocupa no es aplicable lo dispuesto 247.5 de la LCSP.

En primer lugar, porque el estudio de viabilidad que, como requisito previo e imperativo, se regula en el artículo 247 de la LCSP para el contrato de concesión de obra, es cualitativamente distinto del previsto, también como acto preparatorio imperativo del contrato de concesión de servicios, en el artículo 285.2 de la LCSP.

Así establece el artículo 285.2 de la LCSP lo siguiente.

“En los contratos de concesión de servicios la tramitación del expediente irá precedida de la realización y aprobación de un estudio de viabilidad de los mismos o en su caso, de un estudio de viabilidad económico-financiera, que tendrán carácter vinculante en los supuestos en que concluyan en la inviabilidad del proyecto. En los casos en que los contratos de concesión de servicios comprendan la ejecución de obras, la tramitación de aquel irá precedida, además, cuando proceda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 248.1, de la elaboración y aprobación administrativa del Anteproyecto de construcción y explotación de las obras que resulten precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización; y, además, de la redacción, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto de las obras.

En los supuestos en que para la viabilidad de la concesión se contemplen ayudas a la construcción o explotación de la misma, el estudio de viabilidad se pronunciará sobre la existencia de una posible ayuda de Estado y la compatibilidad de la misma con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.”

Resulta pues que el estudio de viabilidad de la concesión de servicio se refiere solo a la explotación del servicio, sin que sea aplicable a las obras que, para la prestación de ese servicio, sean necesarias, pues en tal caso las obras son objeto, como indica el precepto, de un anteproyecto de construcción y explotación, distinto por tanto del estudio de viabilidad del servicio y, tanto más, del estudio de viabilidad regulado en el artículo 247 de la LCSP para la concesión de obras.



Tampoco se puede afirmar que la previsión de supletoriedad del artículo 297 de la LCSP, permite aplicar al estudio de viabilidad del contrato de concesión de servicios lo previsto en el artículo 247.5 de la LCSP para la concesión de obras.

En efecto el artículo 297 de la LCSP señala que *“en lo no previsto en el presente Capítulo respecto al contrato de concesión de servicios, le será de aplicación la regulación establecida en la presente Ley respecto al contrato de concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza de aquel”*.

Pues bien, en Capítulo III *“del contrato de concesión de servicios”*, del Título II *“de los distintos tipos de contratos de las Administraciones Públicas se regula el estudio”*, se regula en el artículo 285.2 de la LCSP, de modo que, existiendo una regulación expresa del estudio de viabilidad en el contrato de concesión de servicio, es improcedente la aplicación del artículo 247.5 de la LCSP con carácter supletorio.

En fin, si el legislador hubiera querido la aplicación al estudio de viabilidad del artículo 285.2 de la LCSP, de lo previsto para la concesión de obras en el artículo 247.5 de la LCSP, así lo habría dispuesto y no lo ha hecho.

Tampoco cabe invocar lo previsto en el artículo 28.3 de la LCSP que dispone que:

“de acuerdo con los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia establecidos en este artículo, las entidades del sector público podrán, previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, celebrar contratos derivados de proyectos promovidos por la iniciativa privada, en particular con respecto a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, incluidos en su modalidad de sociedad de economía mixta.”

Ello porque la referencia que el artículo hace a *“proyectos promovidos”*, no se identifica necesariamente con estudios de viabilidad, pues el término proyecto ha de entenderse en una acepción amplia, la tercera del Diccionario de la Lengua Española, de designio o pensamiento de ejecutar algo, y no en un determinado documento técnico, de modo que la concreción de la iniciativa privada ha de producirse en la forma que para la regulación de cada tipo de concesión hacen sus normas específicas, siendo la única referencia

expresa a la iniciativa privada en la concesión de servicios que hace el precepto la de la sociedad de economía mixta.

En fin, aun en la hipótesis –que hemos contradicho– de que lo previsto en el artículo 247.5 de la LCSP, pudiese aplicarse con carácter supletorio a la concesión de servicios, falta el requisito de que la iniciativa lo sea en relación a concesiones novedosas, lo que no sucede en este caso, en que es el anterior concesionario del servicio el que ha efectuado el estudio de viabilidad.

En consecuencia debe estimarse el recurso y declarar nulo el inciso del apartado 1.39, letra B, de la cláusula 17 del PCAP, que dispone que *“Dado que el proyecto es consecuencia de la presentación de un estudio de viabilidad por iniciativa privada, a la hora de valorar las ofertas presentadas, se estará a lo establecido en el artículo 247.5 de la LCSP para la iniciativa privada y, por lo tanto, se le otorgará 5 puntos porcentuales adicionales a los obtenidos por aplicación de los criterios adjudicación establecidos en el presente Pliego, a la entidad promotora de la iniciativa privada”*.

Procede por tanto ordenar la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a la aprobación del pliego que se declara parcialmente nulo.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. J. L. G. G., en nombre y representación de SOCIEDAD DE FOMENTO AGRÍCOLA CASTELLONENSE, S.A., contra los pliegos que rigen la licitación convocada por la Mancomunidad del Pla de Mallorca, entidad local de la Comunidad Autónoma de Illes Balears, para contratar la *“Concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado de la Mancomunidad del Pla de Mallorca”*, expediente EXP 04/2019, declarando nulo el inciso del apartado 1.39, letra B, de la cláusula 17 del PCAP que se indica en el fundamento jurídico sexto, y ordenando la



retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a la aprobación del pliego cuya nulidad parcial se declara.

Segundo. Mantener la suspensión del procedimiento hasta la resolución del recurso 1634/2019 sobre el mismo procedimiento.

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 Baleares, 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.