



**Recurso nº 90/2021 Comunidad Valenciana 20/2021**

**Resolución nº 746/2021**

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

En Madrid, a 24 de junio de 2021

**VISTO** el recurso interpuesto por D. J. D. P. M. en representación de HIDRAQUA, GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE LEVANTE, S.A. contra los pliegos de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Agullent para contratar la *“concesión del servicio municipal de abastecimiento de agua potable y alcantarillado del Ayuntamiento”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** En 30 de diciembre de 2020 se publicó, en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación que nos ocupa.

Se publica concesión de servicios con un valor estimado de 5.704.799 € y una duración de 25 años.

El contrato se considera no sujeto a regulación armonizada, sin que se haya producido, por ello, publicación en el DOUE.

Del anuncio se desprende que la selección del licitador adjudicatario se produce a través de procedimiento abierto, siendo criterios para la selección del adjudicatario, distinguiendo, en síntesis, criterios de carácter subjetivo (Criterios evaluables mediante un juicio de valor): la elaboración de un plan de control de calidad del agua potable y permanente de fugas, de acuerdo con la normativa vigente, que se pondera hasta 10 puntos; la elaboración de un plan de reducción del consumo municipal en edificios, colegios, jardines, baldeos y demás instalaciones dependientes del Ayuntamiento, que se pondera hasta 5 puntos; la elaboración de una memoria descriptiva del sistema a introducir en los servicios,



metodología, cartografía, toma de datos, plazos de entrega, planes de redes, sistemas de información geográfica, etc, compatible con los sistemas del Ayuntamiento, que se pondera hasta 12 puntos; la elaboración de un plan de gestión y mejora de los servicios propuestos de mantenimiento y conservación anual de las instalaciones con detalle de las medidas adoptadas para su seguimiento, debiendo especificar el coste asociado a la propuesta, que se pondera hasta 6 puntos; la elaboración de un plan de control de vertidos del sector industrial del municipio para detectar irregularidades en los vertidos, por lo menos, una vez al mes, que se pondera hasta 7 puntos; la consideración de aspectos medioambientales, valorada hasta 3 puntos y la consideración de aspectos sociales, valorada hasta 2 puntos.

Por otra parte, se valoran criterios con carácter objetivo (mediante fórmula): un canon (precio) anticipado no amortizable ni aplicable a tarifas con un mínimo de 500.000,00 €, otorgando 40 puntos al licitador que oferte el canon más alto y valorando a los restantes licitadores según la fórmula establecida en los pliegos y la realización de un gasto anual en mejora técnica del servicio con un mínimo de 10.000,00 €, valorando al licitador que oferte por tal concepto el importe más alto con 15 puntos y a los restantes según la fórmula establecida en el pliego, objeto de esta publicación.

**Segundo.** Con carácter previo, habían sido aprobados los pliegos de la contratación, de los que corresponde extraer ciertas menciones.

Así, resulta del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que la contratación se ofrece en la modalidad de concesión de servicios. Con ello *“la explotación del servicio se realizará mediante la modalidad del contrato de concesión y comprenderá el tratamiento y distribución de caudales; la gestión, explotación y mantenimiento de las conducciones y sus elementos, depósitos, instalaciones de bombeo e impulsión y demás instalaciones e infraestructuras afectas a cada uno de los servicios; el suministro, instalación y mantenimiento de los contadores de agua; control físico-químico de las aguas, especialmente las de consumo humano; la determinación de consumos, la facturación y cobro a los usuarios de las tarifas municipales por prestación de los servicios y, en general, cualesquiera actividades complementarias que se deriven de las anteriores, incluyendo la gestión, los cobros y pagos relativos al canon de saneamiento”*.



La concesión tiene un periodo de duración de 25 años.

La determinación del valor estimado del contrato y precio del mismo ha seguido las particularidades propias de la “concesión de servicios”. En este sentido, procede extractar de la cláusula 8:

*“8.1 Valor Estimado del Contrato (VEC).*

*El artículo 101.1 LCSP dispone que, en los contratos de concesión de servicios, el órgano de contratación tomará el importe neto de la cifra de negocios, sin incluir el IVA, que según sus estimaciones generará la empresa concesionaria durante la ejecución del contrato, como contraprestación por los servicios objeto del contrato, así como de los suministros relacionados con estos servicios.*

*En este caso el importe neto de la cifra de negocios asciende a 5.704.799 €, conforme a los cálculos que constan en el estudio de viabilidad económico-financiera, los cuales han tenido en cuenta los siguientes factores:*

- a. No se prevé ninguna opción eventual, ni prórroga del contrato.*
- b. Tampoco abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o licitadores.*
- c. Ni tampoco modificaciones del contrato.*
- d. No se contemplan ingresos procedentes del pago de tasas y multas por los usuarios de los servicios, pues los únicos ingresos del concesionario serán las tarifas aprobadas por el Ayuntamiento.*
- e. No existen pagos o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, que pueda conceder al contratista el Ayuntamiento de la Vila d'Agullent, o cualquier otra Administración pública, incluida la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y subvenciones a la inversión pública.*
- f. Tampoco la concesión de subsidios o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, procedentes de terceros a cambio de la ejecución de la concesión.*



*g. No se permite la venta de activo alguno que forme parte de la concesión.*

*h. Ni la puesta a disposición del concesionario de suministros y servicios del Ayuntamiento de la Vila d'Agullent, necesarios para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios."*

El método de cálculo aplicado para la determinación del valor estimado del contrato (VEC), parte del estudio de la explotación contenido en el de viabilidad económico-financiera de la concesión, referidos a cada uno de los años de ejecución del contrato y a la duración total del mismo. Se han establecido los precios de mercado actuales.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto resultan los siguientes valores:

$VEC = 5.704.799 \text{ €}.$

$VEC \text{ año base } (VEC/25) = 228.191,96 \text{ €}.$

## 8.2 Presupuesto Base de Licitación (PBL).

El presupuesto base de licitación (PBL) representa el límite máximo de gasto que puede comprometer el órgano de contratación para toda la vida del contrato, incluido el IVA, ascendiendo a la cantidad de 6.332.538,00 €, conforme a los siguientes cálculos:

(...)

$PBL = 6.332.538,00 \text{ €}.$

$PBL \text{ año base } (PBL/25) = 253.301,52 \text{ €}.$

## 8.3 Precio del contrato.

El precio del contrato es la cuantía que se abonará al contratista por la cantidad de contrato realmente ejecutado, incluyendo el IVA. En este caso concreto, y al existir transferencia del riesgo operacional, el concesionario se remunerará por las tarifas que obtenga de los usuarios, publicadas en el BOP nº 195/2014, de 18 de agosto."



El PCAP (cláusula 14) establece que *“No es necesario (el anteproyecto de explotación de los servicios) ya que estamos ante una concesión de servicios sin inversiones (artículo 285.2 LCSP en relación con el artículo 248.2 LCSP).”*

En cuanto a los criterios de adjudicación y desempate, anteriormente extractados (cláusula 17) dispone el PCAP: *“b). Enumeración de los criterios evaluables mediante un juicio de valor. Hasta 45 puntos. Archivo electrónico B.*

- 1. Plan de control de calidad del agua potable y permanente de fugas, de acuerdo con la normativa vigente, hasta 10 puntos.*
- 2. Plan de reducción del consumo municipal en edificios, colegios, jardines, baldeos y demás instalaciones dependientes del Ayuntamiento, hasta 5 puntos.*
- 3. Memoria descriptiva del sistema a introducir en los servicios, metodología, cartografía, toma de datos, plazos de entrega, planes de redes, sistemas de información geográfica, etc., compatible con los sistemas del Ayuntamiento, hasta 12 puntos.*
- 4. Plan de gestión y mejora de los servicios propuestos de mantenimiento y conservación anual de las instalaciones con detalle de las medidas adoptadas para su seguimiento, debiendo especificar el coste asociado a la propuesta, hasta 6 puntos.*
- 5. Plan de control de vertidos del sector industrial del municipio para detectar irregularidades en los vertidos, por lo menos, una vez al mes, hasta 7 puntos.*
- 6. Aspectos medioambientales, hasta 3 puntos.*
- 7. Aspectos sociales, hasta 2 puntos.”*

Las pautas a seguir para la valoración de cada criterio evaluable mediante un juicio de valor son las siguientes:

- INSUFICIENTE: La información suministrada no hace referencia a todos los apartados del criterio: 0 puntos.



- SUFICIENTE: La información suministrada contempla todos los apartados del criterio, pero no los concreta o no los desarrolla todos adecuadamente: hasta la mitad de la puntuación asignada al criterio.

- BUENA: La información suministrada hace referencia a todos los apartados del criterio, estando concretados y desarrollados todos de manera correcta: hasta el total de la puntuación.

La puntuación máxima se asignará a aquellas propuestas que demuestren un servicio de alta calidad con relación al concreto criterio objeto de valoración.

Estas mismas pautas de valoración se utilizarán para los aspectos medioambientales y sociales con la siguiente puntuación: INSUFICIENTE: 0 puntos; SUFICIENTE: hasta la mitad de la puntuación; BUENA: hasta el total de la puntuación.

El umbral mínimo de calidad para continuar en el proceso selectivo será de 25 puntos en los criterios evaluables mediante un juicio de valor. Las empresas que no alcancen los 25 puntos serán rechazadas por falta de calidad y no pasarán a la siguiente fase de la licitación.”

El contenido de los planes se detalla en el apartado 20, relativo a la documentación que debe ser incluida en el sobre B.

La regulación de las ofertas con valores desproporcionados o anormales (cláusula 23) dispone: *“El carácter desproporcionado o anormal de las ofertas, llevará aparejada su exclusión del procedimiento de contratación, que se apreciará en función de los parámetros definidos en el artículo 149.2.b) LCSP.*

*Cuando la Mesa de Contratación identifique una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, requerirá al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles un plazo de cinco días para que las justifiquen. La justificación realizada por los licitadores se remitirá para informe de los Servicios Técnicos municipales (artículo 149.4 LCSP).*



*Una vez evacuados los informes necesarios, la Mesa de Contratación elevará propuesta razonada al órgano de contratación que resolverá motivadamente si existe o no oferta con valores anormales o desproporcionados.*

*Si la oferta con valores anormales o desproporcionados se detecta después de la adjudicación del contrato, el órgano de contratación establecerá mecanismos adecuados para realizar un seguimiento pormenorizado de la ejecución del contrato, con el objeto de garantizar la correcta ejecución del mismo, sin que se produzca una merma de la calidad de los servicios objeto de la licitación.”*

Finalmente, por lo que nos ocupa ahora, la cláusula 34 establece el Procedimiento para tramitar las inversiones, disponiendo: *“El adjudicatario determinará el importe máximo de las inversiones a ejecutar en cada momento, que el Ayuntamiento autorizará para cada una de ellas, mediante el procedimiento que se explica a continuación.*

*Cada una de las obras de inversión a ejecutar en los sucesivos años de vigencia de la concesión, deberá ir acompañada del pertinente proyecto o de obra o técnico que sea procedente, que presentará la concesionaria en el Ayuntamiento junto con el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para su tramitación y aprobación por la Corporación.*

*Con posterioridad el concesionario licitará la ejecución de la obra por el procedimiento que la LCSP prevé y sea más adecuado al objeto del contrato de obra y cuantía definido en la LCSP, a fin de obtener la mejor relación calidad-precio con la adjudicación. Igual procedimiento cuando la actuación venga definida por otro tipo de inversión.*

*El Ayuntamiento estará representado en la Mesa de Contratación por el responsable del contrato designado por la Corporación en los términos del artículo 62 LCSP.*

*Una vez finalizada cada una de las obras u otras inversiones, la concesionaria emitirá el pertinente informe de conformidad con la ejecución de acuerdo con el proyecto redactado y aprobado, que comunicará al Ayuntamiento comenzando desde ese momento a computar el plazo de garantía regulado en el artículo 243.3 LCSP.*



*Finalizado el plazo de garantía se tendrá por recibida definitivamente la obra en cuestión, cuya inversión debidamente identificada y cuantificada podrá empezar a amortizar el concesionario en la siguiente actualización de tarifas, teniendo en cuenta que la amortización debe calcularse por los años de vigencia del contrato que queden pendientes que, obviamente, deberá autorizar la Comisión de Precios de la Generalitat en los términos del Decreto 68/2013, de 7 de junio ya citado en este estudio.”*

**Tercero.** El 22 de enero de 2021 HIDRAQUA ha interpuesto el presente recurso, solicitando la anulación de la licitación con fundamento en las siguientes alegaciones, en síntesis:

- No consta acreditado que el periodo de recuperación tenga que ser a 25 años. Ausencia de anteproyecto de obras inversiones determinadas. Considera el recurrente que el establecimiento de un canon anticipado de 500.000 € no está destinado a inversiones. En consecuencia, y con fundamento en el art. 15 y 29 LCSP, no está justificado que la concesión deba tener un plazo de duración de 25 años (superior a 5 años en todo caso).
- La cláusula 23 del PCAP (anteriormente transcrita) no es válida, porque no establece parámetros objetivos para discriminar las ofertas con valores desproporcionados o anormales. Con ello incumple la exigencia en cuanto a este particular de la LCSP.
- El criterio de la cláusula 17.b (criterios subjetivos) vulnera el principio de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores, habida cuenta de que sólo los actuales concesionarios disponen de la información que permite la elaboración de los planes y memorias establecidas en el criterio. Es así que no se informa ni del número de dependencias municipales ni de su consumo, que permitiría la elaboración de tal documentación, sometida a valoración subjetiva. Ello no se salva por la documentación técnica. Los únicos estudios ofrecidos datan de los años 2016 y 2017, así que el recurrente no está en disposición de formular una oferta técnica.
- Se impugna asimismo la cláusula 34 por cuanto, entiende el recurrente, adolece de inconcreción y contradice el propio PCAP. El recurrente impugna que no puede determinar una cuantía de las inversiones a ejecutar, pues, si bien existe un mínimo



de 10.000 €, no existe un máximo (la cuantía máxima será determinante de una valoración en 15 puntos) pues el máximo dependerá de lo que oferten los licitadores; ello incurre en contradicción con lo previsto en la cláusula 34 (inversiones a ejecutar *“en cada momento”*), pues se prevé que las inversiones sean objeto de aportación anual. El pliego es, por ello contradictorio y debe ser anulado (*“Existe, por tanto, una contradicción en el PCAP en cuanto a la ejecución de las inversiones por cuantía y por plazo”*). Se impugna el pliego porque existe una inconcreción en el objeto o destino de las inversiones. Ello vulnera los arts. 35 y 99 LCSP, y aún los 1273 y 1256 Código civil. Y ello por cuanto atribuye a la mesa de contratación (de conformidad con el art. 34 LCSP) la facultad de excluir cualquier tipo de inversión que se proponga.

- Finalmente, se impugna el estudio de viabilidad que da lugar a la licitación. Es así que *“el Ayuntamiento está dando a entender en su Estudio que las inversiones mínimas exigidas se ejecutarán contra los Gastos Generales y Beneficio Industrial del concesionario, no obteniendo éste ningún beneficio por la gestión del municipio”*. Combate el recurrente que tanto el canon mínimo como las inversiones anuales comprometen la viabilidad del proyecto. Para ello aporta un cuadro de flujos de caja que oscilan desde -473.993 € (en el primer año) a 25.369 € (en el año 25). Ello determina la necesidad de licitar sin beneficio o a pérdidas.

Asimismo, solicita el recurrente la suspensión de la licitación, con fundamento en la irrogación de perjuicios de difícil o imposible reparación en caso contrario.

**Cuarto.** El órgano de contratación remite, junto con el expediente, informe en el que solicita la desestimación del recurso, con fundamento (en síntesis):

- Justifica la inexistencia de un proyecto de obras e inversiones en que no se trata de un contrato de concesión de obras más inversión (cfr. art. 285.2 LCSP), sino de una pura concesión de servicios que requiere, en efecto, una inversión para *“para evitar que todo el inmovilizado material de la explotación y la red de suministro quede obsoleta”*, pero no requiere una realización de infraestructuras de inversión previa. Justifica la duración en la prestación adecuada de los servicios, que es obligatoria para el municipio y se decide prestar, a través de la presente concesión.



- La cláusula 23 no puede conducir a la anulación de los pliegos por falta de determinación de los criterios para determinar que la oferta es desproporcionada o está incurso en presunción de anormalidad, pues ello se determina, precisamente al final de la enunciación de tales criterios en la cláusula 17.b. El establecimiento de un umbral mínimo en la valoración de los criterios técnicos determina qué oferta ha de ser excluida por estar incurso en presunción de anormalidad. En expresión del informe *“el Ayuntamiento en la Cláusula tantas veces citada, publicita o determina, sin duda alguna, los elementos objetivos que definen una oferta como anormalmente desproporcionada”*.
- No se admite que la redacción de los criterios de la cláusula 17 b determine una discriminación de los licitadores, respecto al actual prestador del servicio, que se halla en precario. Y ello por cuanto *“en el estudio económico financiero de la explotación aprobado por el Ayuntamiento, se describe con toda claridad cuáles son los sondeos, los depósitos y los demás elementos técnicos que están en funcionamiento en la concesión, además del estado de las canalizaciones y su discriminación por parámetros y ubicaciones (...), se referencian los datos ofrecidos por la concesionaria para la explotación de los años considerados y la tarifa que está vigente fue aprobada en el año 2014”*. Señala el informe que la información sobre dependencias y consumos se encuentra recogida en el estudio de viabilidad, oportunamente publicado.
- Se combate asimismo la impugnación de la cláusula 34, por cuanto no existe inconcreción de las inversiones, sino que las mismas se ejecutarán de acuerdo con el plan de inversiones que se presentará (PPT, art. 13), y se aprobarán por el Ayuntamiento.
- Por último, el estudio económico financiero es adecuado y viable. Ello no significa, sin embargo, que la licitación pueda ser acometida por todas las empresas del sector. Además, ello no obsta a una actualización de las tarifas o eliminación eventual de la desviación que pueda producirse a través de los mecanismos que la LCSP establece.

Al margen de lo anterior, el Ayuntamiento se opone al otorgamiento de la medida cautelar.



**Quinto.** La Secretaría del Tribunal en fecha 15 de febrero de 2021 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho al tiempo de la redacción de la presente.

**Sexto.** Interpuesto el recurso, la secretaria del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución de 6 de febrero de 2021 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la 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.** Este Tribunal es competente para conocer del recurso interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 LCSP y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 02/06/2021).

**Segundo.** La recurrente, dedica su objeto social a las mismas actividades prestacionales que constituyen el objeto del contrato; por lo que goza de legitimación para sostener sus pretensiones de nulidad de conformidad con el artículo 48 de la LCSP.

**Tercero.** La actuación impugnada se refiere a un a una concesión de servicios de valor estimado 5.704.799 €, por tanto, superior al umbral de 3 millones de euros establecido en el art. 44 LCSP; además el acto recurrido, los pliegos, se refiere a una de las actuaciones susceptible de revisión ex artículo 44.2, a) de la LCSP.

**Cuarto.** A tenor del art. 50 LCSP: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

(...)

*b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante."*

Tal previsión se respeta en el caso que nos ocupa, al haber tenido lugar la publicación en 30 de diciembre de 2020 y la interposición del recurso el siguiente 22 de enero.

**Quinto.** Llegados a este punto, hemos de analizar si, como pretende el recurrente, los pliegos de la contratación (el PCAP en particular) infringen el ordenamiento jurídico contractual y deben, en consecuencia, ser anulados.

Ello requiere el análisis de las diferentes alegaciones que contra ellos se vierten. Sin embargo, con carácter previo no resulta ocioso recordar que la concesión de servicios públicos es un mecanismo de gestión de servicios públicos. En virtud del mismo, la Administración, obligada a prestar el servicio, lo proporciona a sus administrados de manera indirecta, a través de la interposición del concesionario.

Así lo explica la Exposición de Motivos de la LCSP: *"En el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior texto refundido. Surge en su lugar, y en virtud de la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la nueva figura de la concesión de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente figura de la concesión de obras"*

Así *"En lo que respecta a los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, merece destacarse que en ambas figuras necesariamente debe haber una transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario, delimitándose en el artículo 14 de la Ley, en línea con lo establecido en la nueva Directiva de adjudicación de contratos*

*de concesión, los casos en que se considerará que el concesionario asume dicho riesgo operacional”.*

*“Pues bien, en este esquema incide la regulación de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Para esta Directiva el criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios es, como se ha dicho antes, quién asume el riesgo operacional. En el caso de que lo asuma el contratista, el contrato será de concesión de servicios. Por el contrario, cuando el riesgo operacional lo asuma la Administración, estaremos ante un contrato de servicios”.*

Así las cosas, hemos de partir de que la Administración opta por la gestión de un servicio en virtud del instrumento concesional y que, en la concesión de servicios, por esencial, el contratista asume el riesgo operacional.

A tenor del art. 15 LCSP, por tanto: *“1. El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.*

*2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.”*

Impugna el recurrente, en primer lugar, la contratación por la duración de la concesión, que se establece en 25 años, pues no lleva aparejada un plan para la ejecución de obras e inversiones.

No es ésta la conclusión del Tribunal, derivada del análisis del art. 25.6 LCSP, citado por el recurrente, que dispone:

*“Los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios tendrán un plazo de duración limitado, el cual se calculará en función de las obras y de los servicios que*



*constituyan su objeto y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.*

*Si la concesión de obras o de servicios sobrepasara el plazo de cinco años, la duración máxima de la misma no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos.*

*Las inversiones que se tengan en cuenta a efectos del cálculo incluirán tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión.*

*En cualquier caso, la duración de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios a la que se refiere el segundo párrafo del presente apartado, **no podrá exceder**, incluyendo las posibles prórrogas, de:*

*a) Cuarenta años para los contratos de concesión de obras, y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio.*

*b) **Veinticinco años** en los **contratos de concesión de servicios** que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.*

*c) Diez años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a).*

*Los plazos fijados en los pliegos de condiciones solo podrán ser ampliados en un 15 por ciento de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato en las circunstancias previstas en los artículos 270 y 290.*

*No se tendrán en cuenta a efectos del cómputo del plazo de duración de la concesión y del establecido para la ejecución de las obras aquellos períodos en los que estas deban suspenderse por una causa imputable a la Administración concedente o debida a fuerza mayor. Si el concesionario fuera responsable del retraso en la ejecución de las obras se*

*estará a lo dispuesto en el régimen de penalidades contenido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en esta Ley, sin que haya lugar a la ampliación del plazo de la concesión.”*

Señala el recurrente que, no existiendo un anteproyecto de obras e inversiones no es posible la fijación del plazo concesional en 25 años.

Frente a ello, sin embargo, de los pliegos se deduce que la concesión sí supone la realización de una inversión, tanto de 10.000 € mínimo anuales, como, en sentido amplio, el canon concesional de al menos 500.000 €. Es por ello que es el establecimiento de la concesión a 25 años lo que permite al recurrente recuperar (rentabilizar) tal inversión.

El establecimiento del plazo de duración máximo que prevé la LCSP es el más beneficioso posible para el licitador que resulte adjudicatario, porque dispondrá de un mayor plazo de explotación de la concesión para amortizar las inversiones a realizar. Particularmente, la inicial, de al menos 500.000 euros.

En consecuencia, la alegación debe ser rechazada.

**Sexto.** En lo relativo a la impugnación de la cláusula 23 por cuanto el pliego no determina criterios para establecer cuando las ofertas resultan anormales o desproporcionadas, el artículo 149 LCSP dispone:

*“1. En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo.*

*2. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.*



*La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:*

*a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente.*

*b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.” (El subrayado es nuestro).*

Pues bien, como hemos declarado en resoluciones anteriores, cuando existen varios criterios de adjudicación, como es el caso, los pliegos han de establecer los parámetros para identificar las ofertas que se hallen en presunción de anormalidad, pero sólo si, como establece el artículo 149.1 transcrito, se pretende excluir a alguna oferta por este motivo. De no ser así, no se considera obligatorio su establecimiento.

Efectivamente, en los presentes pliegos no se han establecido parámetros para apreciar la anormalidad de las ofertas, lo cual, conforme a la argumentación anterior, no es motivo para anular los pliegos.

Desde luego que sería deseable establecer estos parámetros para poder disponer del procedimiento para excluir a las empresas que hagan ofertas inviables, en particular en lo referente a los criterios “*canon amortizado no amortizable*”, y “*gasto anual en mejora técnica del servicio*”, en los que convendría establecer una cifra, absoluta o derivada de la media de las ofertas de los licitadores, a partir de la cual las ofertas superiores se encontraran incursas en presunción de anormalidad. Pero no hacerlo, se considera también ajustado a Derecho.

Se desestima este motivo de recurso.



**Séptimo.** Prosigue la impugnación del recurrente al considerar contraria a Derecho la cláusula del art. 17.b) por cuanto discrimina a los licitadores respecto del actual prestatario del servicio, pues no existe a disposición de aquellos un conocimiento de las instalaciones (dependencias, consumos) que permita al licitador la formulación de su oferta en condiciones de igualdad.

Así, no se halla en disposición de formular un plan de control de calidad del agua potable y permanente de fugas, de acuerdo con la normativa vigente, un plan de reducción del consumo municipal en edificios, colegios, jardines, baldeos y demás instalaciones dependientes del Ayuntamiento, una memoria descriptiva del sistema a introducir en los servicios, metodología, cartografía, toma de datos, plazos de entrega, planes de redes, sistemas de información geográfica, etc., compatible con los sistemas del Ayuntamiento, un plan de gestión y mejora de los servicios propuestos de mantenimiento y conservación anual de las instalaciones con detalle de las medidas adoptadas para su seguimiento, debiendo especificar el coste asociado a la propuesta, un plan de control de vertidos del sector industrial del municipio para detectar irregularidades en los vertidos y contemplar en su oferta aspectos medioambientales y sociales.

El órgano de contratación alega lo siguiente:

*“En el estudio económico financiero de la explotación aprobado por el Ayuntamiento, se describe con toda claridad cuáles son los sondeos, los depósitos y los demás elementos técnicos que están en funcionamiento en la concesión, además del estado de las canalizaciones y su discriminación por parámetros y ubicaciones que son, en definitiva, los bienes demaniales que se entregarán al concesionario antes de la puesta en funcionamiento de la concesión, y que quedan debidamente determinados en el repetido estudio ( puntos III y IV Estudio de Viabilidad ) y, además, se referencian los datos ofrecidos por la concesionaria para la explotación de los años considerados y la tarifa que está vigente fue aprobada en el año 2014 (BOP nº 195/2014, de 18 de agosto) y que la concesionaria actual, que está en precario, no ha modificado desde esa fecha, de ahí que todos estos datos identifican la realidad de los medios técnicos y su estado, así como la situación actual de cada uno de ellos y las determinaciones necesarias para identificar o testear la red, con todo lujo de detalle, no sólo su*



*extensión, sino su situación actual por tramos y por ubicaciones, amén también de los estados financieros de la explotación que la Corporación ha proyectado en el estudio económico-financiero para acreditar la viabilidad de la concesión, por tanto, no creemos que el Ayuntamiento esté vulnerando los derechos de los licitadores, amén que, en todo caso, durante el plazo de licitación puede formular todas las consultas que estimen oportunas, como ha hecho el recurrente y le ha contestado el Ayuntamiento vía PLACE, por ello, alegar discriminación genérica no es aceptable.*

*Los criterios que esta Administración ha considerado más oportunos para la adjudicación de esta concesión, no son extraños en este tipo de concesiones, sino simplemente los que se utilizan mayoritariamente en todas ellas y que el Ayuntamiento ha puesto a disposición de los licitadores, no sólo el estado de las infraestructuras, pozos, depósitos, estado actual de la red y la tarifa que viene aplicando el Ayuntamiento desde el año 2014 y que la concesionaria no ha modificado, amén del estado de las canalizaciones, por ello, no entendemos como alegan que no se disponen de datos para redactar o fundamentar los criterios evaluables mediante un juicio de valor, pues como ya hemos manifestado, la Administración ha puesto a disposición de todos los posibles licitadores la documentación técnica y económica que tiene a su disposición, incluso su proyección a los 25 años, por ello, no se sostiene que siga manteniendo la recurrente que no le contesta el Ayuntamiento a sus preguntas.*

*La referencia a un Plan de reducción municipal en edificios, colegios, jardines, baldeos y demás instalaciones dependientes del Ayuntamiento está debidamente acreditado en el **Estudio de Viabilidad**, concretamente en el **punto V** (página 85 BOP nº 47/2019, de 7 de marzo), donde se concreta, con precisión, cuál es el **consumo** de las dependencias municipales que quedan debidamente identificadas, por ello, nada nuevo añade esta afirmación a la alegación que estamos contestando que debe desestimarse. Se ha publicado en PLACE en la pestaña de actos públicos informativos.*

*En el al Plan de control de vertidos en el sector industrial lo que pretende el Ayuntamiento como pone de manifiesto la Cláusula 17 PCAP ("Plan de control de vertidos del sector industrial del municipio para detectar irregularidades en los vertidos,*

*por lo menos, una vez al mes, hasta 7 puntos”), no es necesario que se aporten las analíticas pasadas, ya que la finalidad de este criterio es una ejecución actual desde el momento de la adjudicación de la concesión con **definición de los medios y técnicas de control que va a utilizar la concesionaria desde el momento de la adjudicación del contrato. No obstante, se ha publicado en PLACE en la pestaña de actos públicos informativos.***

*No es una actuación de pasado, sino precisamente una pretensión de futuro que debe planificar el licitador con los requerimientos que efectúa la Administración.*

*En conclusión, no existe ninguna infracción del precepto indicado y si una realidad, que existe un concesionario en el Ayuntamiento que presta servicio desde su inicio y que facilita los datos que la Administración ha puesto a disposición de los licitadores, en igualdad de trato, de ahí que la licitación se convoca poniendo a disposición de los futuros licitadores todo tipo de información, reiterando que la explotación de la concesión con la tarifa del año 2014, según entiende la prestadora del servicio actual, es suficiente para mantener el equilibrio financiero de la explotación, pues de lo contrario habría planteado a la Administración la pertinente actualización de las tarifas, que son en definitiva las que hoy se ponen en conocimiento de los licitadores, de ahí que no proceda la anulación que plantea la recurrente al amparo de lo prevenido en el artículos 1 y 64 LCSP, en relación con el 40 de la misma ley y el artículo 48 LPACAP.”*

El órgano alega, pues, que ha proporcionado toda la información de la que dispone y, concretamente, alguna de la reclama la empresa recurrente.

Se desestima este motivo de recurso.

**Octavo.** Impugna en siguiente lugar la recurrente la cláusula 34 del PCAP, que establece que:

*“El adjudicatario determinará el importe máximo de las inversiones a ejecutar en cada momento, que el Ayuntamiento autorizará para cada una de ellas, mediante el procedimiento que se explica a continuación (...).*



Alega la empresa recurrente que esta cláusula es contradictoria con la cláusula 9.2 que establece un mínimo de inversión de 10.000 €, cuya mejora se valora como criterio de adjudicación, por lo que el importe máximo ya está determinado por la oferta del adjudicatario, y no habría nada que determinar.

Existe, sin embargo, una interpretación de estas dos cláusulas que no las hace contradictorias. Y es que la expresión “*en cada momento*” no es sinónima de “*en cada año*”, es decir, el adjudicatario puede determinar la cantidad máxima en periodos inferiores al año, para lo que deberá contar con la autorización del Ayuntamiento. Ya que la cantidad máxima anual está determinada por la oferta realizada.

Se desestima este motivo de recurso.

**Noveno.** Alega también la empresa recurrente que existe inconcreción en cuanto al destino de las inversiones.

El órgano de contratación afirma que el Plan director que tiene que presentar el concesionario (apartado 13 PPTP) determinará las inversiones de reposición a acometer, que se financiarán con su aportación anual.

El recurrente tiene dudas de si estas inversiones podían destinarse a actuaciones de mantenimiento, revisión y conservación. Es evidente que estas actuaciones tienen la consideración de gasto corriente, por lo que no se pueden calificar como “inversión”.

Se desestima el motivo.

**Décimo.** Impugna finalmente la recurrente el estudio de viabilidad, alegando que el Ayuntamiento está dando a entender que las inversiones mínimas exigidas se ejecutarán contra los gastos generales y el beneficio industrial del concesionario, no obteniendo éste ningún beneficio por la gestión.

Pues bien, salvo error u omisión, sumadas las cantidades de “*flujo de caja total*” de cada uno de los 25 años de duración de la concesión que indica el recurrente en su escrito de recurso, se observa que arroja un resultado positivo de aproximadamente 185.400 €. Es



decir, los flujos de caja que prevé el pliego permitirían ofertar cantidades superiores, en alguna medida, a los 500.000 € iniciales, y a los 10.000 euros anuales.

Se desestima también este motivo de recurso.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación

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

**Primero.** Desestimar el recurso interpuesto por D. J. D. P. M. en representación de HIDRAQUA, GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE LEVANTE, S.A. contra los pliegos de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Agullent para contratar la *“concesión del servicio municipal de abastecimiento de agua potable y alcantarillado del Ayuntamiento”*.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en 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 58.2 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 de dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.