



Recurso nº 278/2014 C.A. Galicia 022/2014

Resolución nº360/2014

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

En Madrid, a 9 de mayo de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D^a. S.V.F., en nombre y representación de GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A., frente al Pliego de cláusulas administrativas particulares del expediente de licitación seguido por el Ayuntamiento de Cangas (Pontevedra) para el contrato de "*Gestión de los servicios públicos relacionados con el ciclo integral del agua: Abastecimiento, saneamiento y depuración, mediante la modalidad de concesión*", el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante Acuerdo de 2 de mayo de 2013 del Alcalde del Ayuntamiento de Cangas (Pontevedra) se inició el expediente de contratación, mediante procedimiento abierto, para la gestión de los servicios públicos relacionados con el ciclo integral del agua: Abastecimiento, saneamiento y depuración, mediante la modalidad de concesión.

El anuncio de licitación fue publicado el 20 de marzo de 2014 en el perfil del contratante, el 21 de dicho mes en el Boletín Oficial de la Provincia de Pontevedra, y el 24 de marzo de 2014 en el Diario Oficial de Galicia.

Segundo. Con fecha 7 de abril de 2014 se presenta en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A., contra el Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) rector de dicho contrato.

En dicho recurso se impugna, en primer lugar, la cláusula 36 del PCAP, aduciendo que la revisión tarifaria que allí se establece se encuentra ligada al IPC, por lo que contradice lo

aprobado en la disposición adicional Octogésima octava de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.

Se combate, asimismo, la cláusula 10ª del Pliego, alegando que la garantía provisional exigida por importe de 1.663.212,64 euros es desproporcionada, carece de justificación y constituye una exigencia económica sobre el licitador que vulnera el principio de máxima concurrencia.

Se defiende en este punto que, con la aprobación del artículo 103 del TRLCSP, el legislador ha manifestado su criterio en relación con que la exigencia de este tipo de garantías esté restringida a casos excepcionales, y que estén, en todo caso, suficientemente justificadas, y que no puede considerarse este procedimiento uno de esos supuestos excepcionales que deban incluir una garantía provisional tan elevada, en primer lugar, porque el propio expediente no lo justifica, y, en segundo lugar, porque en este tipo de procedimientos el porcentaje de retirada de ofertas por el licitador antes de la formalización del mismo es muy bajo.

En tercer lugar, manifiesta la empresa recurrente que existe error manifiesto en el texto del PCAP, ya que se contradice en uno de los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas que se indican en las cláusulas 16 y 35 del PCAP. En este punto, se razona como sigue:

“En cuanto a los criterios de valoración de las ofertas determinados en la cláusula 16, el criterio de valoración mediante la aplicación de fórmula que se explica en el apartado 16.b no coincide con la referencia posterior que se hace en la cláusula 35 del PCAP.

En la cláusula 16.b segundo punto se dice que para la determinación del coste unitario los licitadores deberán hacer su propia estimación de caudales partiendo de los datos que se refieren en el apéndice 2 del Anteproyecto de explotación. Al final de dicho apartado dice que se valorará con 0 puntos un coste unitario que sea igual o superior a 1,980 €/m3.

Pues bien, cuando en la cláusula 35 del PCAP determina las tarifas aplicables establece que:

Tarifa media (Tm)= Coste unitario (Cu) menor o igual a 1,98 €/m³.

Se destaca la diferencia entre las expresiones “igual o superior” y “menor o igual” para concluir en que:

“Es clara la contracción existente entre ambas fórmulas que deben reflejar un mismo valor y es por ello que causando error manifiesto a la hora de preparar la oferta por parte de los licitadores es necesario que sea determinado el criterio de cálculo”.

Por último, se denuncia falta de coincidencia entre el personal a subrogar que se establece en el Anexo III del PCAP con el personal mencionado en el estudio económico publicado en el anteproyecto de explotación al referirse a los costes fijos de personal.

Por tal razón, se solicita aclaración de cuál es el personal que se debe tener en cuenta tanto a efectos de subrogación como de cálculo del coste fijo para la elaboración del estudio económico.

Junto a lo anterior, y al amparo de lo dispuesto en los arts. 44.4 y 43 del TRLCSP, se interesa la suspensión del plazo de presentación de ofertas.

Tercero. El órgano de contratación ha certificado que a la fecha de 10 de abril de 2014 no se habían presentado ofertas por licitadores en este procedimiento.

Cuarto. El órgano de contratación ha evacuado el informe previsto en el art. 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público el pasado 14 de abril, defendiendo la legalidad del Pliego bajo las consideraciones que siguen.

En primer lugar, y por lo que atañe a la aplicación de la referida Disposición Adicional de la Ley 22/2013, considera que habrá de atenderse a la fecha de inicio del expediente de contratación para determinar si resulta aplicable o no la fórmula de revisión de tarifas establecida en la cláusula número 36 del PCAP y no a la fecha de publicación del anuncio de convocatoria de la licitación, tal y como alega la parte recurrente.

Por tal razón, y dado que el expediente fue iniciado mediante Resolución de fecha 2 de mayo de 2013, estima el Ayuntamiento que se trata de un expediente iniciado antes de la

entrada en vigor de la Ley 22/2013, por lo que la fórmula de revisión de tarifas que establece la cláusula 36 del PCAP resulta ajustada a derecho.

En lo que se refiere a la exigencia de una garantía provisional equivalente al 3% del valor total estimado del contrato, se defiende que se ajusta a lo dispuesto en el TRLCSP, al no superarse el 3% del presupuesto del contrato.

Se razona, al respecto, que la garantía provisional tiene como finalidad garantizar la seriedad de las ofertas que se formulen por los licitadores y como consecuencia de ello lograr la formalización del contrato por quien resulta adjudicatario del mismo, añadiendo que en este caso la exigencia de garantía provisional se encuentra suficientemente justificada debido a la elevada cuantía del contrato, a su larga duración y a la solvencia que se le ha de exigir a las empresas licitadoras, que deben ser capaces de mantener la oferta realizada hasta la adjudicación del correspondiente contrato, ya que, por tratarse de servicios esenciales para la comunidad, es necesario mantener las exigencias de seguridad para el interés público, siendo la garantía provisional uno de los principales instrumentos con los que cuenta la Administración a estos efectos.

En tercer lugar, se niega que exista error manifiesto en el texto de las cláusulas 16 y 35 del PCAP, manifestando que al indicar que se valorará con 0 puntos un coste unitario igual o superior a 1,980 €/ m³ se considera que se asignarán 0 puntos a los licitadores que no realizan una oferta económica con baja, bajo esta consideración: *“Es decir, al valorarse con 0 puntos los costes unitarios ofertados mayores o iguales a 1,980 €/ año se está indicando que éste deberá ser inferior al calculado en el anteproyecto y que se estima como el valor superior de la contrata”*.

Y, de otra parte, *“lo que se dice en la cláusula 35 respecto de las tarifas a aplicar con la nueva concesión, es que éstas serán las indicadas en el apéndice 8 del anteproyecto reducidas en la misma proporción que la baja ofertada por el licitador. Por ello se indica que la tarifa media es igual al coste unitario que deberá ser menor o igual a 1,980 €/ m³ indicados en la cláusula 16.b”*.

Se aclara, igualmente, la cuestión relativa al personal a subrogar indicando que el objeto del anteproyecto de explotación del servicio y estudio de viabilidad es dar cumplimiento al

artículo 133 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en relación al artículo 183 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por R.D. 1098/2001, de 12 de Octubre. Por ello, se indica que estos documentos *“tienen por objeto reflejar información sobre la finalidad y justificación de la concesión, y de sus características principales. Se establecen unas previsiones sobre usuarios y forma de organizar los servicios, que es meramente orientativa, de lo que puede acontecer en los próximos 25 años que va a durar la concesión”*.

Añadiendo que:

“Cada licitador deberá presentar su propio estudio económico, su previsión de usuarios e ingresos y gastos, etc., y también proyecto concreto de organización del servicio del ciclo integral del agua.

En resumen, las previsiones sobre organización del servicio en el anteproyecto no son de carácter imperativo para los licitadores, son una propuesta organizativa y unas previsiones de ingresos y gastos, que cada licitador a su riesgo y ventura, modificará para redactar su propio proyecto de explotación tal y como se refleja en los Pliegos, y demás documentos contractuales. Existen unas inversiones y un canon mínimo, que se deben de respetar, pero las previsiones de ingresos, gastos, forma de organizar el servicio, etc., están abiertas la iniciativa de cada contratista”.

En esta línea, y en cuanto al personal, se indica: *“Existirán empresarios que prefieran mantener durante la vida de la concesión la totalidad de personal subrogado, otros por el contrario, que pretendan incentivar la jubilación anticipada, o no sustituir personal jubilado, la movilidad del personal a otros contratos, o que acuerden extinguir la relación laboral. Toda esta estrategia de gestión de los recursos humanos también va en relación con la mayor o menor modernización tecnológica. En el estudio de costes aparece una partida específica: “Otros costes laborales (ajustes, movilidad, etc...)”, precisamente para cuantificar los posibles costes de ajustes y reestructuración del cuadro de personal. Pero en todo caso el personal que tenga derecho a subrogación, figura, en un listado adjunto al Pliego de Condiciones Administrativas, y debe de ser subrogado por el nuevo*

contratista que resulte adjudicatario de la gestión del Servicio Público del Ciclo Integral del Agua”.

Quinto. Con fecha 16 de abril de 2014 la Secretaría de este Tribunal, acogiendo la petición formulada al respecto por el recurrente, acordó conceder la suspensión del procedimiento de licitación, conforme a lo previsto en los arts. 43 y 46 TRLCSP.

Sexto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto al otro licitador en fecha 26 de abril de 2014 otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaba oportuno, formulara las alegaciones que conviniesen a su derecho, no habiendo evacuado este trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso especial en materia de contratación a tenor de lo establecido en el artículo 41, apartados 3 y 4, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), en relación con el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Galicia sobre atribución de competencia de recursos contractuales, suscrito el 7 de noviembre de 2013 (BOE de 25 de noviembre).

Segundo. Dado que nos encontramos ante un contrato de gestión de servicios públicos bajo la modalidad de concesión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 277.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, para determinar la procedencia del recurso especial habremos de estar a lo previsto en el art. 40.1.c) del TRLCSP, que señala que serán susceptibles de este recurso especial en materia de contratación los actos del art. 40.2 cuando se refieran a *“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”.*

Se trata, pues, de un doble requisito, de carácter cumulativo, esto es, para que proceda en este tipo de contratos este recurso especial debe concurrir la doble circunstancia de que el presupuesto de gastos de primer establecimiento supere los 500.00 euros, IVA excluido, y que el plazo de duración del contrato sea superior a cinco años.

En nuestro caso, se advierte con claridad que se cumple el requisito de plazo, puesto que conforme a la cláusula 6ª del Pliego de cláusulas administrativas particulares el plazo de ejecución del servicio objeto de este contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 278 del TRLCSP, será de 25 años sin posibilidad de prórroga.

Habremos de centrarnos, pues, en el análisis del requisito relativo al presupuesto de gastos de primer establecimiento, concepto al que nos referíamos extensamente en la Resolución nº 43/2013 de este Tribunal, citada por otras posteriores como la nº 203/2013. En dicha resolución se acudía para definir este concepto a otros preceptos del TRLCSP en los que se alude al mismo. Así, en el artículo 154 se exige la obligatoria publicación en el Boletín Oficial del Estado o en los respectivos Diarios o Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas o de las Provincias, de la formalización de los contratos de gestión de servicios públicos, "*cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea igual o superior*" a 100.000 euros. Decíamos entonces a la vista de ello que no puede dejar de notarse que, al emplear el término "*presupuesto*" por referencia a contratos ya formalizados, forzosamente se está haciendo alusión a gastos que, por mucho que sean necesarios para la puesta en marcha del servicio, aún han de acometerse y cuya cuantía es por ello meramente estimada.

Hacíamos referencia, asimismo, al artículo 172.b), que corrobora definitivamente esa inferencia, puesto que, al definir los supuestos en los que es dable acudir al procedimiento negociado para la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos, incluye entre ellos el de los contratos de "*gestión de servicios cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento se prevea inferior a 500.000 euros y su plazo de duración sea inferior a cinco años*". Observábamos como la alusión a que el presupuesto "*se prevea*" abunda en la idea de que aquel se contrae a gastos futuros, aún no asumidos.

Desde esta perspectiva, concluíamos que cuando el artículo 40.1.c) alude a los contratos cuyo "*presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros*", dicha expresión ha de entenderse alusiva al importe previsto de los gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato deba asumir, a resultas de tal adjudicación, para la puesta en marcha del servicio público cuya gestión se le ha encomendado, ya porque así se haya previsto expresamente en los pliegos de aplicación o en otros documentos del expediente, ya porque así se infiera implícitamente de su contenido.

Y ello se refiere, como resulta de la referencia realizada a este término en los ya citados arts. 154 y 172.b), no ya estrictamente a los gastos que hayan de acometerse de manera inmediata a la formalización del contrato, sino a todos aquéllos que esté previsto realizar para la prestación del servicio público.

Pues bien, si proyectamos esas notas del concepto sobre el contrato que nos ocupa, habremos de concluir en que si bien no existe referencia expresa alguna al "*presupuesto de gastos de primer establecimiento*" ni en el Pliego de cláusulas administrativas particulares ni en el Pliego de prescripciones técnicas, sí que se impone la obligación de realizar determinados gastos o inversiones como exigencia necesaria para la prestación del servicio. Así, se impone, en primer lugar, (cláusulas 5ª y 34ª del PCAP) un canon inicial anticipado por importe de 800.000 euros, a lo que se añade, en lo que aquí interesa, una inversión mínima anual, por importe de 3.483.406,02 euros (cláusula 14.4.3 del PCAP).

A la vista del importe del canon e inversiones, fácilmente puede advertirse que los gastos necesarios para la prestación del servicio que integran el concepto de gastos de primer establecimiento son de importe superior a 500.000 euros.

Debe concluirse, por tanto, que en este caso concurre asimismo el requisito de existir un presupuesto de gastos de primer establecimiento superior a los 500.00 euros, IVA excluido, con lo que resulta procedente el recurso especial en materia de contratación.

Tercero. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, pues la entidad recurrente, potencial licitador según reconoce el propio órgano

de contratación en su informe, tendría interés en concurrir a la licitación, con lo que tiene interés legítimo en la impugnación de las cláusulas del Pliego de cláusulas administrativas particulares rector de la contratación que estima no conformes a derecho.

Concorre en la sociedad recurrente por ello un interés legítimo, a los efectos previstos en el artículo 42 del TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2. a) del TRLCSP, esto es, en el plazo de quince días hábiles desde la fecha en que los pliegos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores para su conocimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 158 del TRLCSP.

Consta, asimismo, en el expediente el anuncio del recurso al órgano de contratación exigido en el artículo 44.1 del TRLCSP, presentado el 2 de abril de 2014.

Quinto. Pasando ya a abordar el objeto del presente recurso, hemos de comenzar, siguiendo el orden de las cuestiones planteadas en el recurso, por el examen del contenido de la cláusula 36.2 del PCAP, que se impugna por la recurrente en cuanto entiende que, siendo de aplicación lo dispuesto en la Disposición Adicional Octogésima Octava de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, no cabe establecer como se hace un mecanismo de revisión de las tarifas vinculado a la evolución del IPC.

Dicha cláusula 36.2, bajo la rúbrica de “*Fórmula de revisión de la tarifa*”, establece la fórmula siguiente a tal fin:

$$T_{n+1} = T_n * K_{n+1}$$

Siendo:

T_{n+1} = Tarifa media a aplicar al año n+1.

T_n = Tarifa media vigente en el año n.

K_{n+1} = Coeficiente de revisión, aplicable tanto sobre la cuota fija como sobre la variable.

K_{n+1} = 1+0,85 IPC_{n+1} (si IPC ≤ 2%)

K_{n+1} = 1,017 (si IPC > 2%)”

Se advierte pues como, tal y como alega la empresa recurrente, el coeficiente de revisión de las tarifas se establece en función de la evolución del IPC.

En este sentido, la citada Disposición Adicional Octogésima Octava de la Ley 22/2013 establece lo siguiente:

“Desindexación respecto a índices generales de contratos del sector público

Uno. El régimen de revisión de los contratos del sector público cuyo expediente se haya iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley no podrá referenciarse, en lo atinente a precios o cualquier otro valor monetario susceptible de revisión, a ningún tipo de índice general de precios o fórmula que lo contenga y, en caso de que proceda dicha revisión, deberá reflejar la evolución de los costes. Se entiende 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 procedimiento negociado sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

El régimen descrito en el párrafo anterior, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, resultará de aplicación a la aprobación de sistemas de revisión de tarifas o valores monetarios aplicables a la gestión de servicios públicos cualquiera que sea la modalidad de prestación, directa o indirecta, por la que se haya optado.

Dos. A efectos de lo dispuesto en los párrafos anteriores, se entiende por índice general de precios cualquier índice de precios directamente disponible al público que esté construido a partir de otros índices disponibles al público. No tendrán esta consideración los índices de precios referidos a agrupaciones de bienes o servicios suficientemente homogéneos que sean habitualmente asimilables entre sí en su utilización en las actividades productivas, cuando no se encuentren disponibles para su utilización pública precios específicos o subíndices más detallados.

Tres. Asimismo, se entiende por sector público el conjunto de organismos y entidades enumeradas en el apartado primero del art. 3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14

de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Cuatro. Esta disposición adicional no será de aplicación a la revisión de precios basada en las fórmulas establecidas en el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas.

Se establece, por tanto, en lo que aquí nos interesa, que los sistemas de revisión de tarifas o valores monetarios aplicables a la gestión de servicios públicos no podrán referenciarse a ningún tipo de índice general de precios o fórmula que lo contenga.

Hemos de tener en cuenta además que la disposición normativa citada no deja lugar a la duda acerca de la fecha a considerar para entender iniciado un expediente de contratación a los efectos de su aplicación, al hacer expresa referencia al hecho de haberse publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato (en los mismos términos pues que lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del TRLCSP a efectos de la aplicación de este texto legal).

De este modo, habiéndose publicado la Ley 22/2013 en el BOE de 26 de diciembre de 2013, y entrando en vigor, a falta de otra previsión expresa, a los veinte días de dicha publicación (art. 2.1 del Código civil), a la fecha de publicación del anuncio de licitación del contrato que nos ocupa, ya en marzo de 2014, se encontraba en vigor la norma, con lo que la cláusula que examinamos, al establecer el coeficiente de revisión de la tarifa en función de la evolución del IPC, incurre en vulneración de la Disposición Adicional citada, procediendo su anulación.

Sexto. Se impugna, asimismo, por la empresa recurrente la cláusula 10ª del PCAP, en la que se indica que: *“De conformidad con lo previsto en el artículo 103.1 del TRLCSP, las entidades licitadoras deberán constituir una garantía provisional equivalente al 3% del valor total estimado del contrato, lo que supondría una cuantía de 1.663.212,64 euros”.*

En concreto, y a la vista de su importe, el recurrente estima desproporcionada la garantía provisional exigida, considerando que supone una restricción injustificada a la concurrencia.

Para examinar esta cuestión, conviene tener asimismo presente, en lo que atañe al parámetro de referencia tomado para fijar el importe de esta garantía, lo establecido en la cláusula 4ª del Pliego en cuanto al valor estimado del contrato, a cuyo fin se atiende a las previsiones de ingresos que se reflejan en el estudio económico y financiero, de las que resulta un valor o precio anual de 2.439.378,54 €. Y, partiendo de ello, el precio del contrato, a efectos de publicidad, procedimiento y determinación de garantías, se fija en atención a los 25 años de duración del mismo, alcanzando un total de 60.984.463,38 € (IVA incluido).

En la cláusula 4.2 se indica que, dado el régimen económico de la concesión, el contrato no requiere dotación de crédito presupuestario en el estado de gastos del presupuesto de la Corporación.

Téngase presente, a tal efecto, que, conforme a la cláusula 33 del Pliego, la concesionaria percibirá, en concepto de retribución por los servicios objeto de la concesión, las tarifas a abonar por las personas usuarias de los servicios.

Expuesto el contenido de las anteriores cláusulas del PCAP, hemos de atender a lo dispuesto en el art. 103 del TRLCSP respecto de la exigencia y régimen de la garantía provisional. El apartado 1 de este precepto comienza señalando que:

“En atención a las circunstancias concurrentes en cada contrato, los órganos de contratación podrán exigir a los licitadores la constitución de una garantía que responda del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación del mismo. Para el licitador que resulte adjudicatario, la garantía provisional responderá también del cumplimiento de las obligaciones que le impone el segundo párrafo del art. 151.2.”

A lo que se añade en el párrafo segundo de este apartado que *“Cuando el órgano de contratación decida exigir una garantía provisional deberá justificar suficientemente en el expediente las razones de su exigencia para ese concreto contrato”*.



Por lo que respecta a su importe, hay que atender al apartado 2: *“En los pliegos de cláusulas administrativas se determinará el importe de la garantía provisional, que no podrá ser superior a un 3 por 100 del presupuesto del contrato, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y el régimen de su devolución”*.

Este importe viene referido, por tanto, al presupuesto del contrato, entendido como presupuesto base de licitación (como se indica expresamente en el art. 95.3 del TRLCSP en cuanto a la garantía definitiva cuando la cuantía del contrato se determine en función de precios unitarios), esto es, en atención al gasto máximo que la Administración tenga previsto realizar como consecuencia del contrato. Surge pues la cuestión de cómo establecer ese límite para el caso de los contratos de gestión de servicios públicos en aquellas ocasiones en las que, tal y como aquí sucede, no existe presupuesto de gasto en la medida en que la retribución del contratista se percibirá directamente de los usuarios a través de las correspondientes tarifas (art. 281.1 TRLCSP). Téngase presente, asimismo, que tampoco cabe hablar en estos casos en sentido legal estricto de valor estimado del contrato, en cuanto tal concepto en su regulación del art. 88 del TRLCSP viene referido al importe total pagadero según las estimaciones del órgano de contratación.

En la regulación anterior al vigente TRLCSP y a la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, se establecía una regulación más completa sobre esta materia en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Así, en el art. 35.1 de dicho texto legal se puntualizaba que la garantía provisional (entonces exigible con carácter general) se determinaría estimativamente por el órgano de contratación en los supuestos en que no se hubiera hecho previa fijación del presupuesto, y en el art. 38.1 se contemplaba que para los contratos de gestión de servicios públicos el importe de las garantías provisionales o definitivas se fijaría en cada caso por el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas, a la vista de la naturaleza, importancia y duración del servicio de que se tratase.

No existiendo, sin embargo, previsiones equiparables en la normativa vigente, cabe plantearse cuál pueda ser el importe de la garantía provisional en el caso de contratos

que no entrañen gasto para la Administración contratante, y ello a los efectos de poder determinar si, como alega el recurrente, la fijada en este caso resulta ser desproporcionada.

La primera consideración a realizar en este punto es que, desde luego, ni el hecho de que no se prevea ya regla especial alguna para la determinación de esta garantía en el caso de los contratos de gestión de servicios públicos, ni tampoco el que puedan existir, como es nuestro caso, contratos de tal naturaleza en los que no exista presupuesto de gasto a cargo de la Administración, constituyen razones que permitan entender que no sea admisible en tales casos la exigencia de garantía provisional. Para poder llegar a tal conclusión sería preciso que se hubiera establecido expresamente la excepción para este tipo de contratos. No existiendo exclusión alguna, es de aplicación la regla general que permite exigir garantía provisional, en términos generales, en los procedimientos de licitación de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas. Téngase presente, a estos efectos, que la rúbrica del Capítulo Primero del Título IV del TRLCSP, donde se integra esta regulación, se refiere a las *“Garantías a prestar en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas”*.

Además, la finalidad perseguida por esta garantía, esto es, el aseguramiento de la seriedad de las ofertas y su mantenimiento hasta la adjudicación, garantizando la formalización del contrato, también concurre en este tipo de contratos, no existiendo razón alguna que permita pensar en que pudiera excluirse aquí la posibilidad de la exigencia de garantía provisional.

Siendo, pues, evidente que también en este tipo de contratos el órgano de contratación goza de la facultad de exigir garantía provisional a los licitadores, la cuestión gira entonces en torno a cual sea la referencia para fijar el límite de la cuantía exigible, a falta de presupuesto base de licitación. Al respecto, debe tenerse presente que, siendo cierto que no puede negarse al órgano de contratación la posibilidad de exigir este tipo de garantía para asegurar la seriedad de las ofertas, no lo es menos que la exigencia de una garantía provisional por un importe excesivo en relación con la relevancia económica del contrato supondría un obstáculo no admisible a la libre competencia.

Trasladando las previas consideraciones al supuesto que nos ocupa, nos encontramos con que, al no existir presupuesto de licitación, no sería estrictamente aplicable el tenor del apartado 2 del art. 103 del TRLCSP, debiendo venir referido el porcentaje máximo que allí se indica, a los efectos de establecer la cuantía de la garantía exigible, a otro índice expresivo del valor económico de las prestaciones objeto del contrato. En este sentido, debe entenderse que en este tipo de supuestos cobra especial significación la previsión del segundo párrafo del apartado 1 de dicho precepto relativa a la necesidad de que en el expediente queden debidamente justificadas las razones de la exigencia de garantía provisional para el concreto contrato, lo que alcanza aquí tanto a la decisión de exigir garantía como a la justificación de los criterios determinantes del específico importe que se fije.

En tal sentido, partiendo de la regla general que fija como referencia a estos efectos el presupuesto, para los casos en que éste no esté establecido debe entenderse que, tratándose de establecer como referencia un concepto determinante de cuál sea la relevancia económica del contrato (puesto que, lógicamente, las exigencias para los licitadores a estos efectos habrán de ser tanto más elevadas cuanto mayor sea esa relevancia económica, a fin de que se cumpla la finalidad perseguida por esta garantía), el criterio a seguir ha de ser el de establecer, para la aplicación del porcentaje máximo que fija el art. 103.2, un índice de referencia que exprese el valor económico del contrato, en función de las concretas circunstancias de cada caso, lo que deberá justificarse suficientemente en el expediente.

En nuestro caso, sin embargo, el examen de la documentación que integra el expediente remitido a este Tribunal por el órgano de contratación revela que, al margen de lo que se indica en el PCAP a la hora de exigir la garantía provisional en su cláusula 10ª, no existe justificación acerca de las razones de su concreta exigencia en este contrato, lo que resulta determinante, al vulnerarse lo dispuesto en el art. 103.2 del TRLCSP, de la ilegalidad de dicha cláusula.

Entendemos, en tal sentido, que lo indicado en la cláusula 10ª, donde solo encontramos una mera referencia al cálculo del importe de la garantía (en conexión con lo que se apunta en la cláusula 4ª acerca del valor estimado del contrato, donde sí que debe

reconocerse que se atiende a lo que venimos razonando acerca de la necesidad de concretar el parámetro determinante del valor económico del contrato), no resulta suficiente para llenar las exigencias de dicho precepto, al no ofrecerse las razones que justifiquen la concreta exigencia de garantía para este contrato, sin que pueda entenderse subsanada tal circunstancia por lo indicado por el órgano de contratación en el informe remitido a este Tribunal, puesto que la exigencia legal debió cumplirse con carácter previo a la aprobación del Pliego para amparar la decisión de incluir en éste la exigencia de garantía provisional.

En definitiva, la falta del concreto índice de referencia al que se refiere la Ley, esto es, el presupuesto de licitación, hace inexcusable una justificación de las razones de la exigencia de la garantía así como de los parámetros tomados en consideración para la determinación de su cuantía (criterios para fijar el valor económico del contrato que se considere y porcentaje aplicado, teniendo en cuenta que el 3% es el máximo legal). En este sentido, pueden hacerse dos precisiones: en primer término, que dicha justificación habrá de venir especialmente referida tanto a la necesidad de exigir este tipo de garantía como a la adecuación y proporcionalidad del importe que se exija en relación con el valor económico del contrato; y, en segundo lugar, que no puede utilizarse la exigencia de garantía provisional, en contra de lo que parece desprenderse de lo indicado en el informe del órgano de contratación, como un medio para asegurar la solvencia económica de los licitadores, puesto que ello ha de conseguirse a través de los medios de acreditación de la solvencia económica que deben venir convenientemente exigidos en el Pliego (arts. 74 y 75 TRLCSP).

Séptimo. Junto a lo anterior, aduce la empresa recurrente la existencia de error manifiesto en el Pliego al apreciar contradicción entre lo indicado en la cláusula 16ª.b) en cuanto al criterio de adjudicación relativo al *“Menor coste total unitario de la explotación del CIA (ciclo integral del agua) y su repercusión en la cuota de las tarifas”*, y la referencia posterior que se hace en la cláusula 35 del PCAP a dicho coste unitario. Razona para llegar a tal conclusión que mientras que en la cláusula 16ª.b) se indica al final de este criterio que *“Se valorará con 0 puntos un coste total unitario igual o superior a 1,980 €/m³”*, cuando en la cláusula 35 del PCAP se determinan las tarifas aplicables se establece que: *“Tarifa media (Tm)= Coste unitario (Cu) menor o igual a 1,98€/m³”*.

Entiende, por ello, que es clara la contradicción existente entre ambas fórmulas, puesto que deberían reflejar un mismo valor.

No podemos coincidir, sin embargo, aquí con esta apreciación de la recurrente, en la medida en que no existe incongruencia entre una y otra cláusula si se advierte que, como razona el órgano de contratación en su informe, en ambos casos se está partiendo de que el coste unitario máximo admisible es el citado de 1,98 euros/m³. Por ello, en el caso del criterio de valoración de las ofertas se otorgan cero puntos a las que señalen un importe igual o superior, esto es, sin mejora, y al determinarse las tarifas aplicables se deja indicado que la tarifa media se corresponderá siempre con un coste unitario igual o menor a la reiterada cifra.

Se trata propiamente, además, de una cuestión que pudo solventar el recurrente mediante consulta al órgano de contratación pidiendo las aclaraciones pertinentes, a través de los medios de contacto señalados en el anuncio de licitación.

Octavo. Por último, se denuncia en el recurso que no coincide el personal a subrogar en los pliegos con el personal mencionado en el estudio económico publicado en el anteproyecto de explotación, por lo que se solicita aclaración acerca de cuál es el personal que se debe tener en cuenta tanto a efectos de subrogación como de cálculo del coste fijo para la elaboración del estudio económico.

Se advierte ya de entrada aquí que el recurrente no está haciendo valer un auténtico motivo de impugnación del Pliego, sino que utiliza esta vía de recurso, de forma impropia, para obtener una aclaración que pudo y debió interesarse directamente del órgano de contratación, no indicando cuál pudiera ser la tacha de ilegalidad que achaca a este cláusula del Pliego.

A ello se suma como motivo determinante de la improsperabilidad de esta alegación el hecho de que, tal y como manifiesta el órgano de contratación en su informe, una cosa es la indicación de personal del servicio que se hace en el anteproyecto de explotación, a los efectos de dar una mera orientación acerca de los costes de personal, con un alcance no imperativo, sin perjuicio de la libertad de los licitadores de conformar su propia estructura de costes a efectos de formular el estudio económico y financiero de su oferta (cláusula

14.4.3 del PCAP), y otra la mención en el PCAP, conforme a lo exigido por el art. 120 del TRLCSP, de la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida.

El PCAP es suficientemente expresivo sobre este particular, al indicar en la cláusula 29.1 lo siguiente:

“Subrogación de personal:

De acuerdo con el art. 44 del Estatuto de los trabajadores/as, que regula la sucesión empresarial y el art. 55 del Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (Resolución del 13/08/2007 de la Dirección General de Trabajo, BOE nº 203 del 24/08/2007), la concesionaria está obligada a subrogar al personal de la actual concesionaria del servicio, en los términos establecidos en la referida normativa. Para esto, se incluye en el anexo III la información requerida y la suministrada por la actual concesionaria, siendo ésta la responsable de su veracidad”.

No existe tampoco aquí, por tanto, incongruencia entre el contenido de los documentos contractuales.

Noveno. En definitiva, y atendiendo a cuanto se ha razonado, procederá estimar parcialmente el recurso, anulando las cláusulas 10 y 36.2 del Pliego de cláusulas administrativas particulares y rechazando el recurso en lo demás.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D^a. S.V.F., en nombre y representación de GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A., frente al Pliego de cláusulas administrativas particulares del expediente de licitación seguido por el Ayuntamiento de

Cangas (Pontevedra) para el contrato de “*Gestión de los servicios públicos relacionados con el ciclo integral del agua: Abastecimiento, saneamiento y depuración, mediante la modalidad de concesión*”, anulando la cláusula 10 del Pliego de cláusulas administrativas particulares en cuanto a la garantía provisional que allí se exige, así como la cláusula 36.2 relativa a la fórmula de revisión de la tarifa, y anulando asimismo, en consecuencia, el procedimiento de licitación, con retroacción de actuaciones al momento inicial del mismo, pudiendo iniciarse un nuevo procedimiento en el que se corrijan las infracciones legales apreciadas.

Segundo. Mantener la suspensión del expediente de contratación en tanto se resuelva el Recurso 332/2014 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 47.5 del TRLCSP.

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 Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.