



Recursos nº 228 y 251/2015 C. Valenciana 43 y 48/2015

Resolución nº 326/2015

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

En Madrid, a 10 de abril de 2015

VISTOS los recursos interpuestos por D. J.O.F.-C., en representación de TÉCNICAS VALENCIANAS DEL AGUA S.A. (TECVASA) y por D. V.R.C., este último concejal del Ayuntamiento de Guadassuar, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego Técnico que rigen el contrato de gestión de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en el municipio de Guadassuar, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por medio de anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de 19 de febrero de 2015, por el Ayuntamiento de Guadassuar se licitó el contrato de Gestión del Servicio Público de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en régimen de concesión. El plazo de duración del contrato se estableció 25 años a contar desde el inicio de la prestación del servicio. Su valor estimado se cifró en 8.662.287 euros y la contratación se debía ajustar a la tramitación ordinaria y procedimiento abierto (cláusula 3 del PCAP). El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego Técnico habían sido aprobados con antelación.

Segundo. TECVASA presentó recurso especial en materia de contratación, que enuncia los siguientes motivos de impugnación:

- Si bien la cláusula 49 señala que los gastos de primer establecimiento son inferiores a 500.000 euros y por ello no cabe recurso especial en materia de contratación, considera que el citado concepto asciende de dicha cifra y, en consecuencia, sí que cabe el recurso.



- El criterio de solvencia técnica, relativo a la prestación de servicio de abastecimiento domiciliario en al menos tres poblaciones de más de 5.000 habitantes, con una duración mínima de diez años prestando el servicio, es injustificadamente restrictivo e impide la competencia. se impugna la cláusula 21.1.f) del PCAP.
- Disconformidad a derecho de los criterios de valoración contenidos en el apartado 23.1 del pliego. Se establecen límites injustificados que suponen la previsibilidad de la valoración de los criterios no sujetos a juicio de valor.
- Disconformidad a derecho de los criterios de valoración contenidos en el apartado 23.1 del pliego. Se establece una distinción ilógica en la puntuación en función de que el alza se impute al canon fijo o a las inversiones.
- Disconformidad a derecho de los criterios de valoración contenidos en el apartado 23.2 del pliego. Se puntúan documentos poco relevantes para la prestación del servicio y se beneficia a la anterior adjudicataria.
- Disconformidad a derecho del procedimiento de apertura de sobres y valoración de ofertas. Permite valorar las ofertas antes de haber recibido todas las proposiciones (cláusulas 22, 25 y 26).
- Disconformidad a derecho de la fórmula de revisión de precios. la fórmula recogida en el pliego vulnera la legalidad vigente por estar indexada al IPC. (cláusula 12).
- Clara contradicción sobre la repercusión del canon en tarifa (cláusula 11 y 13).
- Confusión en la cuantía de la garantía.

Tercero. Por su parte, el Concejal del Ayuntamiento de Guadassuar D. V.R.C. formuló igualmente recurso en el que, tras justificar su legitimación:

- Expone que el presupuesto de primer establecimiento es muy superior a 500.000 euros, y procede, en conciencia el recurso especial.
- El requisito de solvencia relativo a la exigencia de acreditación de la existencia de un seguro por riesgos profesionales, solo sería exigible en el caso de que la



actividad objeto de licitación fuera de carácter profesional. Pero en el caso que nos ocupa, pudiendo tener carácter profesional, no procede exigir tal requisito ya que puede restringir o limitar la competencia, razón por la cual incurre en causa de nulidad de las previstas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, RJAP-PAC y debe ser revocada.

- Considera que la cláusula 21.1 PCAP es contraria-al exigir 10 años de experiencia, al artículo 78 TRLCSP, sin que sean de aplicación las modificaciones introducidas en la citada norma por la Ley 25/2013 de impulso a la factura electrónica. Une al motivo que la cláusula limita la experiencia al suministro de agua, y no alcantarillado, que también es objeto del contrato.
- Es ilegal, sostiene, el sistema de revisión de tarifas por aplicación de la Disposición Adicional Octogésima de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2014.
- Existe incongruencia en la forma en la que se trata el IVA, concretamente entre las cláusulas 2.1, 2.2 y 3.2.2.

Cuarto. El 25 de marzo de 2015, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, dictó resolución por la que se concedía la medida provisional solicitada por los recurrentes, consistente en suspender el procedimiento de contratación.

Quinto. A la vista de la coincidencia del objeto y parcial coincidencia de motivos de los recursos, el Tribunal acuerda la tramitación acumulada de ambos.

Sexto. El órgano de contratación ha remitido al Tribunal sendos informes, fechados el día 1 de abril, en los que realiza diversas alegaciones sobre el fondo de la cuestión, referidas a cada uno de los recursos. En relación al recurso de TECVASA: a) da cuenta de una solicitud de aclaración de dicha sociedad en el que preguntaba si tenía solvencia o no, a lo que el Ayuntamiento contestó en el sentido de que la cifra de 10 años era cumulativa y no referida a cada contrato. Entiende el nuevo informe que la exigencia se ajusta a los artículos 62 y 79 bis del TRLCSP; b) sostiene que pueden presentarse mejoras por encima de los 200.000 euros, pero que no se obtendría mayor puntuación sobre ello. Justifica la limitación en la valoración en que el anteproyecto de explotación contiene la



previsión de ingresos y gastos, y “mayores mejoras supondría poner en peligro la viabilidad del servicio o incluso requeriría a lo largo de la vida de la concesión un reequilibrio de la misma mediante un aumento de tarifas a los abonados”; c) en relación a la distribución de puntuación entre canon fijo e inversiones sostiene que El Ayuntamiento de Guadassuar, dentro de su autonomía, valora los diferentes criterios de adjudicación asignando la puntuación que entiende que mejor satisface sus intereses. En este caso la motivación que subyace a esta valoración no es arbitraria. El Ayuntamiento de Guadassuar prioriza y valora de un modo mucho mayor a otros criterios el canon a percibir en efectivo, en tanto tiene asumidas unas obligaciones económicas con el concesionario saliente a las que debe hacer frente. Si bien no coincide con la cifra a abonar, se requiere un canon de 433.389 euros para la correcta ejecución del presupuesto de 2015; d) niega que los criterios de valoración que dependen de un juicio beneficien al actual adjudicatario; e) respecto del calendario de apertura de sobres mantiene que “Resulta obvio que recibido ese aviso en el ayuntamiento, la mesa de contratación tiene la capacidad, competencia y el juicio suficiente para que si la oferta remitida por correo no llega en el plazo de 7 días, posponer la apertura de sobres hasta transcurridos los diez días señalados en el pliego”; f) Entiende que la D.A. 88ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado no se encontraba en vigor cuando se publican los anuncios de licitación; g) No existe contradicción en relación al canon y las tarifas a abonar por los usuarios. Reconoce que la redacción pudo ser mejor pero que lo que se deseaba recoger en los pliegos era que en ningún caso los mayores cánones o mejoras ofrecidas por los licitadores darán lugar a un incremento de tarifas que pueda o deba ser repercutido a los abonados. Además, remite al Tribunal a “*Ver informe consultas de 4 de marzo de 2015, colgado ese mismo día en el perfil del contratante de la página web del ayuntamiento; www.guadassuar.es/licitaciones”; h) En relación a la garantía señala: *Sin duda se trata de un error tipográfico, pues es de todos sabido que el importe de la garantía definitiva ha de ser de un 5% conforme al artículo 95 del TRLCSP (RDL 312011). En consecuencia el importe de la garantía definitiva es de 433.114,35 €.**

Respecto del recurso de D. V.R.C., dice, en esencia: a) la exigencia de un seguro de responsabilidad civil es un medio de acreditación de la solvencia económica entre los diversos posibles y tiene relación con el contrato a tenor del artículo 214.1 TRLCSP; b) la solvencia técnica y revisión de precios reproduce el anterior informe; c) en relación con el



IVA sostiene que la cláusula 2.2 debe interpretarse junto con la normativa del IVA, sin que exista problema.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La primera cuestión que debe abordarse es la relativa al monto de los gastos de primer establecimiento, al tratarse de un contrato de gestión de servicios públicos. Su determinación dará lugar, en su caso, a que sea el tribunal competente y los pliegos y actos del procedimiento de contratación susceptibles de recurso especial, ya que el artículo 40.1. TRLCSP dispone: *Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores: c) 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.*

Aceptado que el contrato tiene una duración de 25 años, la problemática gira en torno a la concreción de *presupuesto de gastos de primer establecimiento*. El Tribunal ha abordado esta cuestión en diversas ocasiones:

- *Hay que recordar, a este respecto, como ha afirmado este Tribunal en la Resolución nº 43/2012 y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en los Acuerdos nº 44/2012 y 6/2013, que no existe en nuestro ordenamiento jurídico de la contratación pública ninguna referencia específica a la regulación de qué debe entenderse por presupuesto de gastos de primer establecimiento.*

Esta ausencia o carencia normativa, motiva la necesidad de realizar una labor interpretativa para averiguar la voluntad del legislador al hacer depender, de la cuantificación de dicho presupuesto, notables consecuencias jurídicas. (Resolución 319/2013).

- *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. (Resolución 360/2014).



-El PCAP no cuantifica ni desglosa económicamente-como sería deseable- el presupuesto de gastos de primer establecimiento ni identifica que conceptos o partidas de los documentos contractuales deben integrarse en él. Simplemente se limita a señalar en la cláusula 39: *“...No procede recurso especial en materia de contratación contra anuncios, pliegos y documentos contractuales que debe regir la contratación, por no superar los gastos de primer establecimiento excluido el IVA, de este contrato de gestión de servicio público, los 500.000 euros”*.

Este extremo es informado por el órgano de contratación exponiendo que no incluyó el pliego el detalle del citado presupuesto y reconoce la dificultad de determinar los conceptos que deben incluirse en el mismo. Si bien concluye que no alcanzan la cifra de 500.000 euros. En sentido positivo limita la cifra a considerar en 18.000 euros de gastos de licitación y 200.000 equivalente en metálico de las inversiones en el ciclo integral del agua propuestas como mejora, si bien éste último concepto solo se daría sí optara el Ayuntamiento por no exigir en metálico el importe de las mismas. En sentido negativo, considera que debe excluirse del citado presupuesto el canon concesional citando en apoyo de esta tesis diversos instrumentos, como una nota del Tribunal de Recursos Contractuales de la Comunidad de Madrid, una resolución de este Tribunal y un comentario doctrinal. El informe que existe en el expediente emitido por la Secretaria-Interventora del Ayuntamiento consigna, *“...En cuanto al Recurso especial en materia de contratación contra anuncios, pliegos y documentos contractuales que debe regir la contratación , este recurso se prevé para los contratos de gestión de servicio público en el que los gastos de primer establecimiento, excluido el IV, superen los 500.000 € , no siendo este el caso del contrato que se tramita por este ayuntamiento”*, pero carece de mayor justificación o detalle para alcanzar esta conclusión.

Por su parte, el recurrente TECVASA presenta un informe de valoración del presupuesto de gastos de primer establecimiento en que establece una valoración máxima y una mínima, alcanzando la primera la cifra de 988.797,48 y 597.997,48 euros, respectivamente. El Concejal Sr. V.R.C. presupuesta tales gastos en 892.778 euros.

- No es función del Tribunal “construir, deducir ni establecer” el presupuesto de gastos de primer establecimiento del concesionario en un contrato de gestión de servicio público. Este es un dato que debe venir expresamente calculado, consignado y detallado en el



pliego. No es tan solo una cuestión de buena técnica contractual, sino que se trata de un concepto que tiene evidente trascendencia para los interesados y consecuencias jurídicas directas, que se manifiestan, al menos, en relación a los medios de impugnación (artículo 40 TRLCSP), respecto de la publicidad de la formalización de los contratos (artículo 150), o el procedimiento de adjudicación (artículo 172). Aun cuando se trata de un mero presupuesto, y por tanto, aproximativo o meramente orientativo, puede ser-además- un instrumento de utilidad para la elaboración de las ofertas. Sin embargo la función del Tribunal alcanza también a la revisión de ese presupuesto ante el desacuerdo de los interesados, comprobando que la integración de las diferentes partidas que componen los gastos de primer establecimiento alcanzan la cuantía establecida por la ley para su posible recurso ante este Tribunal.

Pues bien, en relación con esta valoración, no puede compartirse la afirmación del órgano de contratación en el sentido de que recientes resoluciones de este Tribunal no consideran el canon concesional como gasto de primer establecimiento, ni que la nota del Tribunal de Recursos Contractuales de la Comunidad de Madrid, no lo mencione. De acuerdo con el PCAP, en su cláusula 8.1.b) se dispone como primordial obligación del contratista: *Abonar al Ayuntamiento, el importe ofertado en concepto de derechos de uso de los bienes afectos al servicio. El canon se deberá ingresar en la Tesorería Municipal con anterioridad a la formalización del contrato.* Y en la cláusula 13 se establece: *Según el art. 7.9 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre del IVA, esta operación no estará sujeta al IVA, pues se trata de un contrato de concesión de servicios públicos, por el que se cede al contratista la gestión y explotación de un inmueble que sirve de soporte a la prestación de un servicio público a cambio de la obligación de satisfacer un canon, y revertir el inmueble con todas sus mejoras al término del contrato, asumiendo además el contratista el riesgo de la gestión del servicio.*

Por ello, el canon representa el importe que se abona por el concesionario por el uso de unos bienes que son esenciales para poder prestar el servicio. Sin esas instalaciones no se puede prestar el servicio y, al ser de titularidad municipal, su cesión se hace a cambio de un canon, que tiene un componente fijo que alcanza 433.389 euros y que, por tanto, forma parte del presupuesto de gastos de establecimiento del servicio. También debe formarse con el importe de los gastos del contrato, que ascienden a 18.000 euros. Del resto de conceptos que señala el recurrente en el informe de valoración que aporta, tales



como coste de prima del seguro (por 1.000.000 euros y no 3.000.000 como parece confundir), gastos de la garantía definitiva, oficina con personal y medios informáticos, web de gestión del servicio, etc... guarda silencio el órgano de contratación en su informe. En la resolución nº 926/2014 de este Tribunal recaída en recurso formulado por el mismo recurrente, se consideró como gastos de primer establecimiento, *los gastos definidos y calculados por el recurrente como inversiones en medios materiales*. En el presente recurso son valoradas por el informe aportado en 91.832,80 euros. Todo lo cual lleva al Tribunal a considerar que el contrato tiene un presupuesto de gasto de primer establecimiento superior a 500.000 euros.

Segundo. En relación a la legitimación de los recurrentes, resulta acreditada la legitimación de TECVASA al tratarse de una sociedad dedicada, como su mismo nombre indica, "Técnicas Valencianas del Agua", a actividades directamente vinculadas al objeto del contrato.

En relación al concejal del ayuntamiento D. V.R.C., debe, en el planteamiento general de la legitimación reconocerse, en los términos que se vienen realizando por el Tribunal en diversas resoluciones como la nº 583/2014 recaída en Recursos nº 505 y 506/2014 (C.A. Valenciana 069 y 070/2014), cuya reproducción se omite por estar disponible en la web del Tribunal, evitando así recargar excesivamente la extensión de esta resolución. Descendiendo al plano particular, resulta del expediente administrativo que el pleno municipal lo componen 13 concejales, todos los cuáles asistieron a la sesión en la que se aprobaron los pliegos, por mayoría absoluta. No consta en el certificado del Secretario que se aprobaran por unanimidad, sino que se consigna mayoría absoluta. Pudo, pues haber abstenciones y votos en contra del acuerdo. Solo éstos últimos confieren a los concejales disidentes legitimación para la impugnación del acuerdo, en los términos previstos en el artículo 63.1.b) de la Ley de Bases de Régimen Local, en el sentido aplicada en la resolución citada anteriormente. No obstante ello, en el escrito de recurso comienza señalando el recurrente que "*voté en contra de su aprobación en la sesión del 29 de enero de 2015*". El silencio a este respecto por parte del órgano de contratación y el hecho de haber presentado el recurso directamente ante el órgano de contratación aconsejan por razones de economía tener por acreditada la legitimación condicionada a dicho voto negativo.

Tercero. De conformidad con el artículo 44.2. a) del TRLCSP el recurso especial debe formularse 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*. El anuncio de licitación fue publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de fecha 19 de febrero de 2015.

TECVASA presentó su recurso en el registro general del Ministerio de Economía y Hacienda en fecha 9 de marzo de 2015, y por tanto, dentro de los quince días hábiles desde la publicación, debiendo reputarse formulado en tiempo.

Distinto es el caso del concejal recurrente. D. V.R.C.. La regla del artículo 44.2 a) en relación con el artículo 158 es de aplicación a los interesados. Los concejales tienen conocimiento pleno del acto el día de la sesión aprobatoria. En realidad, tienen conocimiento de los pliegos con la convocatoria del pleno y de su aprobación en la sesión misma en la que ésta se produjo, si asistieron y votaron contrariamente, como resulta ser el caso. Por ello, el día inicial del cómputo del plazo para los concejales que votaron en contra es el día 29 de enero de 2015 y, habiendo presentado el escrito de recurso el día 6 de marzo, (aun cuando no es legible con claridad la fecha de la copia aportada) resulta extemporáneo y procede su inadmisión por tal motivo.

Cuarto. Considera el recurso de TECVASA que la cláusula 21.1.f) es injustificadamente restrictiva e impide la competencia. Su tenor literal es el siguiente: *Acreditación de experiencia en la explotación de al menos tres servicios municipales de abastecimiento domiciliario de agua potable en poblaciones de más de 5.000 habitantes, con una duración mínima de diez años prestando el servicio y que dicha prestación no hubiera finalizado con anterioridad a los tres últimos años a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, no pudiéndose aportar la experiencia en ámbitos de población inferior con la finalidad de computarlos acumuladamente. La solvencia técnica se acreditará mediante certificado expedido por el organismo o Entidad titular del servicio de que se trate en el que deberá constar, al menos, la denominación del servicio, el ámbito territorial de prestación y el plazo de ejecución.*

Sostiene el recurso que esta cláusula contiene dos restricciones: a) el establecimiento de la experiencia en 3 contratos de duración mínima de diez años cuya prestación se haya extendido, al menos, en los tres últimos a contar desde el plazo de finalización de

presentación de ofertas. Mantiene esta extensión temporal de 10 años carece de vinculación con el objeto del contrato. Lo importante es acreditar la solvencia para gestionar el servicio público y no que se esté ejecutando en contratos de distinta duración, sea ésta de 5, 10 o 25 años.

Y, b) que los contratos se hayan prestado en municipios de población superior de más de 5.000 habitantes por considerar que este tipo de umbrales constituyen una barrera injustificada de acceso a la contratación.

La exigencia de acreditación de la solvencia técnica tiene por finalidad garantizar que el empresario tiene conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad para realizar la prestación que constituye el objeto del contrato, por ello tiene que existir correspondencia entre los medios exigidos y el objeto. La mera fijación de un plazo de 10 años no queda referida por sí sola al objeto, teniendo en cuenta que la gestión del ciclo del agua suele ser objeto de concesión por largos periodos de tiempo. Ni el pliego ni el órgano de contratación realizan aportación alguna que justifique que para la realización de la prestación del contrato tenga relevancia la experiencia precisamente por diez años, lo que debe determinar la estimación del recurso en este aspecto.

En relación al umbral de experiencia en poblaciones superiores a 5.000 habitantes, el recurso entiende que constituye una barrera inadmisibles a la competencia y cita para ello la resolución del Tribunal de 14 de marzo de 2014, al quedar excluidos quienes tenga experiencia en poblaciones inferiores, pero que nunca podrían acceder a contratos de municipios de población superior. No obstante, debe decirse que tal resolución se dictó en un recurso contra un pliego de un contrato de servicios, concretamente, de asistencia jurídica a la entidad local, teniendo notables diferencias con el presente caso, al tratarse de un contrato de gestión de servicios públicos y, concretamente, del abastecimiento de agua potable y alcantarillado. En la organización de este servicio, que deben prestar todos los municipios(artículos 25.2.c) y 26.1.a) de la Ley de Bases de Régimen Local) tiene relevancia el dato de la población de los municipios, al marcar la ley un umbral-20.000 habitantes- a partir de cual serán las diputaciones provinciales las que lo coordinen, sin perjuicio de que el municipio *justifique ante la Diputación que puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor que el derivado de la forma de gestión propuesta por la Diputación provincial o entidad equivalente, el municipio podrá la*

prestación y coordinación de estos servicios si la Diputación lo considera acreditado. Por ello, el establecimiento de umbral de población en la experiencia, en supuestos como el presente, puede estar condicionado a la decisión del modo mismo de la gestión del servicio público, y por ello no es desproporcionada su exigencia en el pliego.

Quinto. Sostiene el recurso que la cláusula 23.1 del PCAP contiene límites injustificados que suponen la “previsibilidad d *asumir* e la valoración de criterios no sujetos a juicio de valor”. La cita cláusula dice: “23.1 CRITERIOS VALORABLES MEDIANTE FÓRMULAS O PORCENTAJES.

(Hasta 70 puntos).

1.-Importe canon fijo a satisfacer al Ayuntamiento, hasta 60 puntos, que se distribuirán del siguiente modo:

1 punto por cada incremento de 3.000,00 € sobre el importe del Canon fijo mínimo establecido en la cláusula 14 (433.389 €), hasta un máximo de 60 puntos. No se valoraran fracciones de aumentos inferiores a 3.000,00 €.

2.-Importe a materializar en inversiones asociadas al ciclo integral del agua. hasta 5 puntos, que se distribuirán del siguiente modo:

0.10 punto por cada 4,000 €, hasta un máximo de 5 puntos. No se valoraran fracciones de aumentos inferiores a 4.000,00 €.

El Ayuntamiento podrá optar por la ejecución de estas mejoras propuestas por los licitadores o por la entrega en metálico de su valor declarado por los mismos licitadores . importe que deberá ingresar el adjudicatario en la Tesorería Municipal con anterioridad a la formalización del contrato no pudiendo ser objeto de aplazamiento o fraccionamiento. De conformidad con el art. 156.4 TRLCSP, en el supuesto en que no se pueda proceder a la formalización del contrato por el impago se reputara como un incumplimiento culpable del adjudicatario.

3. Porcentaje Reducción Cuadro de precios hasta 5 puntos, que se distribuirán del siguiente modo:

El licitador aplicará una reducción en términos porcentuales y con carácter global a las unidades de obra correspondientes a la implantación del Servicio a repercutir en los

abonados. Estas unidades vienen definidas en los cuadros de precios de los Anexos I y II del Pliego de Condiciones Técnicas. Al mayor porcentaje de reducción aplicado se le darán 5 puntos , y la baja 0% tendrá 0 puntos, valorándose proporcionalmente el resto de porcentajes de reducción propuestos El cuadro de precios ofertado por la empresa que resulte adjudicataria pasará a ser contractual, de aplicación a los interesados, y será revisado cada año a partir del primer ejercicio de la concesión, con arreglo a la variación del IPC general nacional, interanual, tomado desde enero a diciembre, actualizándose en el mes de enero de cada ejercicio”.

Lo que el recurso sostiene es que se limita la mejora del canon inicial a 60 puntos, cuando puede haber empresas que está dispuestas a mejorarlo por encima de esa puntuación, que representa 613.389 euros. El pliego no tiene en cuenta esas eventuales mejoras. En apoyo de su argumento refiere el informe 760 del Tribunal de Cuentas.

La cita que realiza del informe de 26 de abril de 2007, del Tribunal de Cuentas nº 760 referido a la contratación en el ámbito de la Seguridad Social, en los ejercicios 2004 y 2005 es la siguiente: *“C) Asimismo, las Entidades Gestoras y la TGSS, deberían renunciar al establecimiento de umbrales de saciedad en la valoración del criterio económico, puesto que a través de ellos se está penalizando a las ofertas más baratas de tal modo que, por debajo de ese determinado límite o umbral, aunque bajen el precio ofertado a la Administración, no obtienen una mayor puntuación. Esta actuación supone que la Seguridad Social renuncia a priori y de forma automática a la obtención de una posible mayor baja o economía en el contrato, al tiempo que no permite tampoco la formulación de alegación alguna por parte de los contratistas en justificación de su oferta a pesar de que, con carácter previo, ya han acreditado convenientemente su solvencia para la ejecución del contrato.*

D) Cabe añadir finalmente, que si con este tipo de límites los órganos de contratación pretenden excluir posibles proposiciones anormalmente bajas que pudieran poner en peligro la posterior ejecución correcta del contrato, a juicio de este Tribunal, el medio adecuado para lograrlo debe ser la regulación expresa en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de la baja temeraria, garantizando asimismo el otorgamiento del trámite de audiencia al contratista (artículos 86 y 83.3 del TRLCAP). En este sentido parece conveniente, igualmente a juicio de este Tribunal, homogeneizar también en la

medida de lo posible el uso y la regulación de la baja temeraria, en todos los concursos celebrados en el ámbito de la Seguridad Social.”

Las ofertas se valoran sobre 100 puntos, 70 asignados a los criterios que no dependen de un juicio de valor y 20 a los que sí. Pues bien, el supuesto analizado por el Tribunal de Cuentas, en un contexto normativo diferente, se refería a abaratamiento de las ofertas, y no a mejoras, del canon fijo o en inversiones, como ocurre en el caso del pliego, indicando el informe del citado Tribunal de Cuentas que la solución a la finalidad buscada por la Administración debía hallarse en la regulación de los mecanismos de exclusión de las proposiciones anormalmente bajas. En el caso analizado la cláusula recurrida impone un umbral de saciedad que no se puede considerar justificado ya que limita las mejoras de las posibles ofertas sobre el canon mínimo a una cantidad máxima de 633.389 euros a la que corresponderían 60 puntos, sin que a partir de dicha cantidad se puedan valorar las ofertas superiores que pudieran hacerse, lo que constituye un umbral de saciedad carente de justificación, pues no hay razón alguna para que no puedan proponerse ofertas superiores sobre el canon mínimo con el consiguiente incremento de puntos para tales ofertas y el consiguiente beneficio económico para la Administración. Lo que impone la estimación del recurso en cuanto a esta alegación.

Sexto. El recurso considera que se establece una distinción ilógica en la puntuación en función de que el alza económica se produzca en el canon fijo o en las inversiones en el ciclo integral del agua, establecidas unas y otras en el apartado 23.1 del PCAP. La clave de la alegación se encuentra en la expresión de la cláusula referida a las inversiones *“...El Ayuntamiento podrá optar por la ejecución de estas mejoras propuestas por los licitadores o por la entrega en metálico de su valor declarado por los mismos licitadores, importe que deberá ingresar el adjudicatario en la Tesorería Municipal con anterioridad a la formalización del contrato no pudiendo ser objeto de aplazamiento o fraccionamiento”*. El recurso entiende que si al final, todas las cantidades ofertadas sean mejora del canon fijo (letra a) o sean inversiones (letra b), van a ser ingresadas en las arcas municipales, carece de fundamento la distinción en la ponderación de unas y otras, o como gráficamente señala, se valora de forma diferente si un euro se dirige a mejora del canon fijo que si se destina a inversiones.

Sin embargo, se trata de conceptos distintos. El primero, mejora del canon fijo, y el segundo, inversiones asociadas al ciclo integral del agua. El recurso centra la alegación en lo ilógico de la diferente valoración para el caso de que el Ayuntamiento opte por el ingreso en metálico. Pero, desde ese punto de vista, es una decisión de ponderación realizada por el pliego, referida a diferentes elementos -canon fijo e inversiones- que no tiene por qué recibir el mismo trato. Sin embargo, debe analizarse la cuestión desde otro punto de vista, implícito en el planteamiento del recurso. La decisión del Ayuntamiento de reservarse la opción de recibir en metálico el importe en que se calculen las inversiones unido a la indefinición de éstas, en lugar de su ejecución por el contratista, sin mayor justificación o explicación de los supuestos y causas en que así ocurrirá no es neutra para los licitadores, que desconocen los criterios que podrían llevar al Ayuntamiento a convertir en dinero las inversiones, de las cuáles la única referencia que se da es que estén referidas al ciclo integral del agua. El sistema plantea graves inconvenientes en muchos aspectos. A título de ejemplo, la valoración de las inversiones depende exclusivamente de los contratistas, de modo que pueden ofertar inversiones pequeñas que valoran económicamente en mucho o el caso contrario. Además, un licitador puede elaborar una inversión sofisticada bajando el precio todo lo que pueda y cubrir con varias de ellas la cifra máxima de valoración, lo cual le llevará un coste más elevado que el caso contrario. Nada en el pliego hace pensar que la puntuación se decantará en favor de este último, al no existir criterios que lo hagan en la decisión municipal. Por no entrar en que nada se dice en el pliego de la afección de esa cifra a inversiones municipales, lo cual aproxima el concepto de inversiones a la mejora del canon fijo. Esto nos lleva a la estimación del recurso en este punto, pues la cláusula recurrida resulta contraria al principio de transparencia.

Séptimo. El recurso entiende que los criterios valorados en el apartado 23.2 puntúan documentos poco relevantes y sitúan en posición de ventaja al actual concesionario. En relación a los criterios de *Diagnosis del estado actual de las infraestructuras, necesidades en relación con el servicio y propuesta de actuaciones, (hasta 10 puntos.)* y *Propuesta de Plan de Vigilancia y Control de Vertidos (hasta 8 puntos)* entiende que el conocimiento que de las instalaciones y del servicio sitúa en posición de ventaja al actual contratista y que las cláusulas son nulas al amparo del artículo 32.d), en redacción dada por ley 14/2013. Sin embargo no puede aceptarse esta posición, desde el punto en que la

concreción en los mismos pliegos de esos criterios no evidencian posición de ventaja del contratista ni intención de favorecerle y que las empresas licitadoras tiene que acreditar una solvencia técnica, así como que el propio pliego prevé la posibilidad, al amparo del artículo 133 TRLCSP de que los licitadores interesados puedan visitar las instalaciones: *De conformidad con lo establecido en el artículo 133 del TRLCSP, en el anuncio de licitación se fijará fecha y hora para girar visita a las instalaciones municipales del servicio de abastecimiento y saneamiento de agua para que pueda valorarse las características, estado de uso y conservación, con objeto de que los licitadores puedan disponer de toda la información necesaria para confeccionar su oferta.*

Sostiene el recurso que el criterio *Propuesta razonada de adecuación y perfeccionamiento del Reglamento vigente del Servicio de Agua potable, acorde con la Propuesta Técnica de Gestión presentada por el licitador, (hasta 2 puntos)*, carece de relación con el objeto del contrato pues las ofertas deben ajustarse a los reglamentos y la competencia para su elaboración corresponde al ayuntamiento. Sin embargo, este criterio de valoración sí que tiene relación con el objeto del contrato, de modo que propuestas técnicas elegidas por el contratista pueden aconsejar la “adecuación y perfeccionamiento del Reglamento vigente del Servicio de Agua potable”. Ahora bien, lo que no se aprecia es congruencia con el desarrollo del subcriterio, cuando señala: *En este apartado se valorará el estudio de la normativa actualmente en vigor y su concordancia con los pliegos administrativos y técnicos que rigen esta contratación.* Esto sí que representa un servicio al Ayuntamiento, al prescindir del contraste entre la propuesta técnica del licitador y la normativa municipal vigente.

Octavo. El recurrente sostiene que existen incoherencias en el establecimiento de los plazos de apertura de sobres A, B y de presentación de proposiciones de los interesados, y no le falta razón. El plazo de presentación de las proposiciones es de 26 días naturales a contar desde la publicación, según la cláusula 22. Dentro de los 10 días siguientes podrán recibirse las ofertas de quienes así lo hubieran anunciado, por haber sido presentadas en las oficinas de correos dentro de aquellos 26 días. La apertura del sobre A al séptimo día a contar desde los 26(cláusula 25) puede dar lugar a que el acto de apertura de sobres A sea incompleto y debe complementarse mediante nueva reunión de la mesa si en los tres días siguientes se recibiera la documentación anunciada. En sí mismo esto no es una causa de nulidad, sino una deficiente previsión que podrá provocar

disfunciones, como la reunión en diversas sesiones de la mesa de contratación para apertura de sobres A de los licitadores cuyas proposiciones hubieran llegado posteriormente, en los términos previstos en el propio pliego y Reglamento. Sin embargo, existe otra incoherencia que sí da lugar a la anulación del pliego que es la fecha de apertura de los sobre B. Ésta se producirá el séptimo día a contar desde la finalización del plazo de presentación de ofertas y solo se prevé alterar esta regla si quedara algún requerimiento de subsanación pendiente. Es decir, no prevé como causa de aplazamiento de apertura del Sobre B que no hubiera llegado la totalidad de las proposiciones. Sin embargo, la lectura conjunta de los artículos 79 a 83 del Reglamento muestra que para apertura de los sobres de la fase de valoración, se requiere previamente la apertura de todos los sobres A, así como haberse cumplimentado en su caso los requerimientos de subsanación de aquella documentación. No respetando esto el pliego, debe procederse a la anulación del mismo.

Noveno. El recurso impugna la cláusula 12 del PCAP por contrariar la D.A. 88ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2014.

La citada cláusula impugnada, en lo que aquí interesa, señala: *A las nuevas tarifa de agua potable y alcantarillado se aplicará la fórmula polinómica de revisión que se establece en el Anexo del DECRETO 68/2013 de 7 de junio del Consell publicado en DOCV núm. 7043 de fecha 11 de junio de 2013, a efectos de recoger anualmente las diferencias del Índice General Nacional de Precios al Consumo y las variaciones puntuales en el precio de compra en alta de agua se aplicará la fórmula:*

$$K = [(c \times Ct/Co + i \times It/Io) \times CRT] \times CR$$

Esta fórmula, efectivamente, se encuentra referenciada al Índice General Nacional de Precios al Consumo, siendo los componentes IT = Índice, general nacional histórico publicado, de precios al consumo en la fecha de la revisión e Io = Índice, general nacional histórico publicado, de precios al consumo en el año base.

La Disposición Adicional 88ª de la Ley citada señala:

"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 artículo 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".

La norma es clara y no se ofrece duda su aplicación al contrato por quedar incluido el ayuntamiento en su ámbito subjetivo, el contrato por su objeto y la licitación por razón de su fecha.

Por último, debe dejarse constancia de la previsión de vigencia de la citada disposición adicional 88 por la disposición derogatoria de la Ley 2/2015, de 30 de marzo de desindexación de la economía española: *2. Asimismo, quedan derogados los siguientes preceptos:...*c) *La disposición adicional octogésima octava de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 quedará derogada en el momento de entrada en vigor del real decreto al que hacen referencia los artículos 4 y 5 de esta Ley.*

Décimo. Sostiene el recurso que existe incompatibilidad entre dos cláusulas del pliego por ser contradictorias. La primera, la nº 11

11 TARIFAS DEL SERVICIO (...)

Las tarifas de los servicios garantizarán el equilibrio económico-financiero, a cuyo efecto deberán permitir, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo del contrato el costo del establecimiento de los servicios, amortizar técnica y financieramente las inversiones a realizar, cubrir los costes de explotación y permitir un margen normal de beneficio industrial.

Los gastos de explotación del Servicio estarán constituidos al menos por los conceptos que a continuación se enumeran y que se detallan en el anteproyecto de Explotación y se tendrán en consideración para el estudio económico a presentar del Servicio:

COSTES DE EXPLOTACIÓN:

(...)

Costes financieros:

- Costes de amortización e intereses de Canon Fijo

Es decir, la tarifa incluye como costes financieros los de amortización e intereses del canon fijo.

Por su parte, la cláusula 13 dispone

13 CANON DE LA CONCESIÓN Y OTROS PAGOS Y GASTOS (...)

El importe de los cánones que se deban abonar al Ayuntamiento en aplicación de la presente cláusula no podrá repercutirse a los usuarios del servicio a través de las tarifas.

La contradicción puesta de manifiesto por la recurrente resulta clara y afecta a la formulación de las ofertas de los licitadores que al realizar sus cálculos no conocen con seguridad a que cláusula quedarse. Esta contradicción no se resuelve con la explicación contenida en el informe complementario no por el informe de aclaración emitido y hecho público en el perfil del contratante.

Décimo primero. El recurrente aprovecha el recurso para poner de manifiesto un error patente del pliego en relación al cálculo del importe de la garantía definitiva, pues el 3% del valor estimado del contrato no se corresponde con la cifra consignada como importe de la garantía definitiva. A falta de justificación por el Ayuntamiento, se trata de un mero error aritmético o de cuenta que podría ser subsanado por el órgano de contratación-de oficio o a instancia de los interesados-, en virtud del artículo 105.2 de la Ley 30/1992 y que, dada su evidencia, deberá ser subsanado por el Ayuntamiento en ejecución de la presente resolución.

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 formulado por TECVASA, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego Técnico que rigen el contrato de gestión de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en el municipio de Guadassuar, y:

- a) Anular la cláusula 39 del pliego en la parte en que dispone: *“No procede recurso especial en materia de contratación contra anuncios, pliegos y documentos contractuales que debe regir la contratación, por no superar los gastos de primer establecimiento excluido el IVA, de este contrato de gestión de servicio público, los 500.000 euros”*.
- b) Anular de la cláusula 21.1.f) la expresión *“con una duración mínima de diez años prestando el servicio”*.

- c) Anular la cláusula 23.1.2 del PCAP, sin perjuicio de que, con ocasión de la retroacción del expediente, se puedan establecer cláusulas que valoren inversiones en el ciclo integral del agua de forma automática, sin depender de un juicio de valor.
- d) Anular de la cláusula 23.2 la expresión: “*En este apartado se valorará el estudio de la normativa actualmente en vigor y su concordancia con los pliegos administrativos y técnicos que rigen esta contratación*”. El órgano de contratación puede retrotraer el procedimiento estableciendo la aclaración que considere oportuna respecto del criterio de valoración.
- e) Anular las cláusulas 22 y 25 del PCAP, con retroacción del expediente administrativo para que establezca los plazos de apertura de los sobres A, B y C en términos que respeten el reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
- f) Anular la cláusula 12 del PCAP, en la parte en que dice: *A las nuevas tarifa de agua potable y alcantarillado se aplicará la fórmula polinómica de revisión que se establece en el Anexo del DECRETO 68/2013 de 7 de junio del Consell publicado en DOCV núm. 7043 de fecha 11 de junio de 2013, a efectos de recoger anualmente las diferencias del Índice General Nacional de Precios al Consumo y las variaciones puntuales en el precio de compra en alta de agua se aplicará la fórmula:*
- $$K = [(c \times Ct/Co + i \times It/Io) \times CRT] \times CR$$
- Con retroacción del expediente administrativo para la incorporación, en su caso, de cláusulas de revisión que respeten el contenido de la D.A. 88 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2014.
- g) Anular las cláusulas 11 Y 13 del PCAP en cuanto a la incoherencia que contienen, debiendo ser sustituidas por otras que no incurran en la contradicción denunciada en el escrito del recurso.
- h) Rectificar el importe de la garantía definitiva fijado en el Pliego ajustándolo al 3% establecido en la cláusula 18.

Segundo. Inadmitir, por extemporáneo, el recurso presentado por D. V.R.C., concejal del Ayuntamiento de Guadassuar.

Tercero. Alzar la suspensión acordada.

Cuarto. 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 Valencia, 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.