



Recurso nº 122/2019 C.A. Comunidad Valenciana 23/2019

Resolución nº 387/2019

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

En Madrid, a 17 de abril de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D.A.D.O.G. en representación de PAVAGUA AMBIENTAL S.L.U., contra *“los Pliegos”* que rigen la licitación convocada por el Ayuntamiento de Benifairó de les Valls para contratar la *“Concesión de los Servicios de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado de Benifairó de les Valls, con número de expediente 171/2018”*, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Benifairó de les Valls de 13 de diciembre de 2018 se acordó iniciar el procedimiento de adjudicación del contrato de concesión de Servicios referido en el encabezamiento, aprobar su memoria justificativa y dar cuenta de todas las actuaciones a la Alcaldía y al Pleno para que resolviese lo que proceda en orden a aprobar el correspondiente expediente de contratación por procedimiento abierto, tramitación ordinaria y electrónica, y a anunciar la licitación en el perfil del contratante.

Segundo. Mediante Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Benifairó de les Valls de 19 de diciembre de 2018 se aprobó el expediente de contratación de dicho contrato (Memoria justificativa, omitiendo de este documento las referencias a «tratamiento y depuración de aguas residuales»; Anteproyecto de Explotación de la gestión los servicios públicos de abastecimiento de agua potable y alcantarillado; Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, omitiendo de este documento las referencias a «tratamiento y depuración de aguas residuales»; Pliegos de Prescripciones Técnicas), mediante procedimiento abierto, tramitación ordinaria, convocando su licitación, por un valor estimado de 3.569.026,70 €.



Tercero. Con fecha de 4 de enero de 2019 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación del Contrato de Concesión de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable y alcantarillado del municipio de Benifairó de les Valls.

Cuarto. Con fecha de 25 de enero de 2019 tiene entrada en el Registro Electrónico del Ayuntamiento de Benifairó de les Valls formulario de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad PAVAGUA AMBIENTAL S.L.U., contra los Pliegos que rigen la contratación del contrato de Concesión de los Servicios de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado de Benifairó de les Valls.

Con fecha de 28 de enero de 2019 se presenta en el Registro Electrónico del Ayuntamiento de Benifairó de les Valls escrito de alegaciones que desarrollan los fundamentos del recurso anteriormente interpuesto.

Con esta última fecha se aporta igualmente escritura pública de apoderamiento de la mercantil recurrente en favor de D. A.O.G.

Quinto. Se ha recibido en este Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46.2 y 4 de la LCSP y en el Convenio celebrado con la Comunidad Autónoma Valenciana, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 17 de abril de 2013.

Segundo. La recurrente, PAVAGUA AMBIENTAL S.L.U., está legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LCSP, en tanto acredita unos intereses legítimos que han sido afectados, al accionar contra los Pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato de concesión en el que puede tomar parte, presentando oferta en el mismo.



A su vez, la persona que actúa en nombre de la recurrente cuenta con poder de representación bastante, tal y como exige el artículo 51.1.a) de esa misma Ley.

Tercero. Por medio del recurso interpuesto se impugnan los Pliegos que rigen la contratación del contrato de Concesión de los Servicios de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado de Benifairó de les Valls, aprobados por el Pleno de dicho Ayuntamiento en sesión celebrada el 19 de diciembre de 2018, cuyo valor estimado del contrato asciende a 3.569.026,70€, IVA excluido, superando los tres millones de euros, por lo que dicho acto es susceptible de recurso ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 44.1.c) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1.b) de la LCSP, el presente recurso especial en materia de contratación se ha interpuesto en plazo.

Del expediente administrativo remitido resulta que los Pliegos referidos se publicaron el 4 de enero de 2019, y que la recurrente presentó formulario de recurso especial el 25 de enero de 2019, y escrito de alegaciones que desarrollan los fundamentos del recurso anteriormente interpuesto el 28 de enero de 2019.

En este punto, y con base en ello, el órgano de contratación solicita en su informe que el recurso sea inadmitido.

Sin embargo, no puede acogerse esa previsión, habida cuenta que se considera que el recurso especial sí fue presentado en forma, en el plazo hábil para ello.

En efecto, cierto es que la recurrente presentó inicialmente su recurso -el día 25 de enero de 2019- haciendo uso del formulario puesto a disposición al efecto por el Ayuntamiento de Benifairó de les Valls. Pero en ese mismo formulario, en el apartado relativo al objeto, ya identificó concretamente cual era el acto frente al que dirige el recurso y los fundamentos de su impugnación; adjuntando asimismo el anuncio de licitación, los Pliegos, el Estudio de Viabilidad, la escritura de constitución de la mercantil recurrente y el poder que le confiere representación.



Será el día hábil siguiente –el 28 de enero de 2019- cuando presente nuevamente el poder de representación y un escrito de recurso, donde desarrolla más extensamente los mismos fundamentos de la impugnación que ya identificó en el formulario presentado anteriormente

Desde esta perspectiva se entiende que el inicial recurso presentado, aún con forma de formulario, y adjuntando los documentos antedichos, ya cumplía con las exigencias que al efecto reclama el artículo 51.1 de la LCSP.

Y ello no queda desvirtuado por el hecho de que presentase un posterior escrito de recurso, ya fuera de plazo, más extenso, desarrollando los mismos fundamentos ya indicados.

Por todo ello no puede entenderse que proceda una inadmisión por haberse interpuesto el recurso fuera de plazo.

Quinto. En lo que respecta ya al fondo de la cuestión, la recurrente centra la impugnación de los Pliegos en tres motivos claramente definidos:

- a) Infracción del artículo 69 de la LCSP y del artículo 24 del Reglamento General de Contratación por no aceptar la acumulación de solvencia en la concurrencia de empresas en unión temporal de empresas.
- b) Incorrecta limitación de la concurrencia en el proceso como consecuencia de haber licitado en un único expediente prestaciones diferenciadas.
- c) Infracción del artículo 29 de la LCSP al determinar un plazo de duración de la concesión de servicios superior a cinco años sin estar justificado en el periodo de retorno de la inversión.

Comenzando por el primer motivo de impugnación, cuestiona concretamente la Cláusula 16 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, por entender que contraviene el artículo 69 de la LCSP y el artículo 24 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En lo que aquí afecta, el apartado 1 de la regulación de la solvencia técnica de dicha Cláusula dispone:



“1. El licitador deberá presentar una relación de referencias con los correspondientes certificados expedidos por los municipios o administraciones públicas en los que esté trabajando, o haya trabajado, en servicios idénticos al objeto de licitación en los últimos tres años.

Sólo serán admisibles en la licitación aquellos licitadores que estén prestando, o hayan prestado, en los últimos tres años servicios, conjuntamente, de gestión del servicio de abastecimiento y alcantarillado, en al menos tres municipios con una población de más de 2.200 habitantes (artículo 90.2 de la LCSP).

En caso de uniones temporales de empresa, aquella que ostente mayor porcentaje de participación de las integrantes de la UTE debe acreditar, como mínimo, que está prestando o ha prestado en los últimos tres años servicios de gestión de los servicios de abastecimiento, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales, de forma conjunta, en al menos tres municipios con una población de más de 2.200 habitantes.”

La recurrente entiende que el tenor de aquella Cláusula, al exigir la misma solvencia técnica a una sociedad que se presenta a la licitación del concurso en solitario, que a una de las sociedades que se presenta al mismo en compromiso de UTE, y no permitir por consecuencia la integración acumulativa de la solvencia de las empresas que concurren en UTE, vulnera los preceptos antedichos. Y por consecuencia, considera que ello atenta contra la proscripción de la limitación de la participación y la salvaguarda de la libre competencia.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que no se restringe la posibilidad de la acumulación de la solvencia técnica en caso de concurrencia de empresas en unión temporal, ya que sólo se exige la solvencia mínima a la empresa que concurra en un mayor porcentaje de participación, y no a todas las que concurren en una unión temporal.

Sentado los términos del debate, el análisis de la cuestión pasa necesariamente por determinar si el tenor de dicha Cláusula impide o no realmente del uso de la facultad de integrar la solvencia por parte de empresas que concurren en unión temporal, tal y como habilitan los artículos 69.6 de la LCSP y 24 del Real Decreto 1098/2001.



Sobre la acumulación de la solvencia técnica en uniones temporales, este Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse, entre otras, en Resoluciones 627/2018, 337/2016, 690/2015, 915/2014, 624/2013 ó 558/2013.

Del conjunto de dichas resoluciones pueden extraerse tres importantes consecuencias:

- si el recurso a medios externos es posible cuando éstos pertenecen a terceros extraños a la licitación, con más razón ha de admitirse esta posibilidad cuando se trata de medios propios de las empresas de la unión temporal.
- ahora bien, todo licitador, aunque se valga de medios externos o concurra en una unión temporal, ha de acreditar un mínimo de solvencia propia.
- respecto de la solvencia técnica, es exigible asimismo a todos y cada uno de los componentes de la unión temporal, si bien con el criterio flexible de entender que la relación que tengan con el objeto del contrato puede ser directa o indirecta siempre que todas ellas tengan una finalidad social al menos relacionada con el objeto del contrato.

Aplicando tales circunstancias al caso que nos ocupa, consideramos que asiste la razón al recurrente al entender que los Pliegos, al exigir la misma solvencia técnica con independencia de que el licitador concurra aisladamente o en unión temporal, impiden el uso de la facultad de integrar cumulativamente la solvencia en este último supuesto.

En efecto, la citada Cláusula 16 exige en todo caso una solvencia técnica consistente en la prestación, en los últimos tres años, de servicios de gestión de los servicios de abastecimiento, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales en al menos tres municipios con una población de más de 2.200 habitantes. Y ello con independencia de la forma en que decida concurrir un determinado licitador, aisladamente o en unión temporal.

Pues bien, sin perjuicio de que se comparta la necesidad de que se exija una solvencia técnica mínima a cualquier licitador que concurra al procedimiento de contratación, lo que no puede admitirse es que la configuración de esa exigencia se haga de forma que sea única y global en sí misma considerada.



Dicho de otro modo, que su configuración impida, por ser única e igual en todo caso, que pueda complementarse acumulativamente a través de las capacidades de los diversos licitadores que participan agrupados en unión temporal.

No resultaría incompatible con los preceptos antedichos que esa solvencia técnica se configurase basándose en referencias o parámetros que permitan establecer un mínimo común a todo licitador con independencia de la forma en que concurra, pero que adicionalmente sí permitan integrarla de forma cumulativa.

Pero desde el momento en que sólo se establece a apriorísticamente de forma única y cerrada, sin permitir esa combinación acumulativa, se está contraviniendo el sistema de integración de capacidades que regulan esos artículos 69.6 de la LCSP y 24 del Real Decreto 1098/2001.

Pero, además, independientemente de que formalmente inhabilite esa sistema de integración de la solvencia, se deriva en una consecuencia de mayor trascendencia, cual es el vetar la participación de posibles licitadores que aisladamente no reúnen esa capacidad técnica, pero si podrán alcanzarla en unión con otros.

En efecto, si se reclama la misma solvencia con independencia de que se concurra aisladamente o en unión temporal, al licitador que por sí solo reúne la misma le sería intrascendente concurrir de forma conjunta; pero lo que sí es trascendente es que el que no la reúne por sí solo, pero pudiera alcanzarla en concurrencia con otros, quedaría excluido, de forma previa y automática, de la posibilidad de concurrir a este proceso de licitación.

Y el automatismo y la generalidad de esta previsión contenida en esa Cláusula 16 ciertamente contraviene el principio de libre concurrencia que inspira la LCSP.

Es por ello que se estima que debe anularse el apartado Primero de la Cláusula 16 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, a fin de que por parte de la Administración contratante lo configure estableciendo la solvencia técnica mínima que considere oportuna y necesaria, pero sin vetar la posibilidad de que la misma pueda ser integrada por la suma o acumulación de capacidades en el caso de que la concurrencia de varios licitadores agrupados en una unión temporal.



Sexto. En segundo término, por una parte, la recurrente estima que se ha producido una incorrecta delimitación del objeto del contrato, al no constar debidamente acreditada la unificación en un mismo contrato de una pluralidad de objetos, lo que estima afecta al derecho a una libre competencia y concurrencia.

Y por otra, añade que no se ha procedido a realizar, como se debería en este caso, a la división en lotes del objeto del contrato.

A tales efectos cuestiona, en definitiva, las Cláusulas 4, 5 y 6 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Sobre la primera cuestión de este segundo motivo de impugnación, parte de la premisa de que se trata en realidad de un contrato mixto, que aúna prestaciones propias de los contratos de obras, de servicios y de concesión servicios, y que no se ha justificado en el expediente la integración de esas diferentes prestaciones, que entiende además que, por su configuración, han de ser objeto de prestación independiente y separada. Entiende, en definitiva, que el expediente adolece de la justificación requerida en el artículo 18 y 34.2 de la LCSP.

Y por su parte, el órgano de contratación estima que sí se ha justificado debidamente la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas; y por consecuencia, que la viabilidad de la gestión indirecta de los servicios, mediante concesión, está estrechamente ligada a la ejecución de las obras contempladas en los pliegos del contrato, y definidas en los correspondientes proyectos.

Al objeto de poder solventar esta primera cuestión, ha de partirse de dos premisas esenciales: la necesidad de atender a la verdadera naturaleza del contrato cuestionado, y tener en consideración el margen de discrecionalidad reconocido al órgano de contratación para determinar las necesidades que con el procedimiento de contratación pretende atender.

Sobre la primera, la relativa a la naturaleza del contrato, este Tribunal ya se pronunció en el sentido indicado -Resolución nº 411/2017-, al señalar que *“Es reiterada la doctrina de este Tribunal (por todas, Resoluciones 421/2014, de 30 de mayo, y 331/2016, de 29 de abril) que, con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, considera que los contratos son lo que*



son, con arreglo a su verdadera naturaleza y en función de su auténtico contenido prestacional, y ello con independencia de la calificación jurídica que le hayan atribuido las partes.”

Y sobre la segunda cuestión, nuestra Resolución 756/2014, de 15 de octubre, entre otras, señala que para la definición del objeto del contrato se ha de atender a *“lo dispuesto en los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, con arreglo a los cuales el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él”.*

Pues bien, si se concretan tales previsiones al caso que nos ocupa, veremos si el contrato se califica adecuadamente como de concesión de los servicios públicos, con ejecución de obras, que integran el ciclo integral del agua de Benifairó de les Valls.

Sobre esa premisa se analizarán los elementos del contrato, a fin de determinar su verdadera naturaleza.

En lo referente a la actividad relativa tanto al abastecimiento de abastecimiento de agua potable como al alcantarillado y drenaje, tomando en consideración la documentación obrante en el expediente, resulta que:

a) se constata una transferencia al concesionario del riesgo operacional, abarcando el riesgo de demanda, el de suministro, o ambos. En efecto, dicha circunstancia no sólo resulta del tenor literal de la descripción contenida en documentos reguladores de la concesión, sino atendiendo a la forma en que se prevé el desenvolvimiento de la misma, resulta acreditada la existencia de una transferencia real de dicho riesgo.

Baste para ello atender al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares –Cláusulas 3, 6, 7 y 31-, como al de Prescripciones Técnicas, y al Estudio de viabilidad –Apartado 7- para constatar que el concesionario asume ese riesgo, sin estar garantizado en condiciones normales de funcionamiento, que el mismo vaya a recuperar las inversiones que realice, ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de una mala explotación o equivocadas hipótesis de evolución de las estimaciones de que es objeto la concesión.

En efecto, el concesionario asume la obligación de mantener, conservar y reparar una serie de instalaciones de suministro de agua potable y de alcantarillado, necesarias para la efectiva explotación y prestación de dichos servicios, garantizando asimismo su continuidad.

Del mismo modo, asume la obligación de disponer de los medios materiales, técnicos y humanos adecuados, suficientes y especializados para la prestación de unos servicios de abastecimiento y alcantarillado de calidad, así como la capacidad económica necesaria para acometer esas actuaciones y para efectuar un mantenimiento eficiente de la red que exige la adecuada prestación del servicio

Y todo ello con independencia de las vicisitudes que se puedan producir.

A lo que hay que añadir que no se le reconoce el derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda.

b) A lo anterior ha de añadirse que el concesionario es siempre retribuido a través de la oportuna tarifa previamente aprobada, en los términos que resulta de la Cláusula 31 y del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares; que encuentran además su sustento en la Ordenanza aprobada por el Ayuntamiento en fecha de 19 de diciembre de 2018 por la que se regula la retribución de los servicios de suministro de agua potable y alcantarillado, cuando éstos se presten de forma indirecta.

Y él, por su parte, abona un canon fijo y otro adicional variable, en los términos que prevén las Cláusulas 6 y 31 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

c) Y a todo lo anterior, puede asimismo añadirse otras previsiones accesorias que complementan que la configuración de la prestación del servicio que nos ocupa debe ser



considerada como una auténtica concesión: la asunción por el concesionario de las relaciones con los usuarios y los abonados -Artículos 19 y 21 del Pliego de Prescripciones Técnicas-, el cobro de la tarifa –Artículo 22- o la previsión de un sistema de secuestro, intervención o reversión de la concesión -Cláusulas 37 y 40 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares-.

En definitiva, ninguna duda puede albergar que aquí nos hallamos, formal y materialmente, ante una auténtica concesión de servicios. Concesión además cuyos elementos estructurales y configuradores abarcan, no sólo a las actividades relacionadas con la prestación del servicio de abastecimiento de agua potable, sino también a las propias del servicio de alcantarillado, desagüe y evacuación.

Por tanto, no puede compartirse el alegato de la recurrente que entiende que se debería limitar la actividad concesional únicamente al primer bloque de actividad (abastecimiento), y que considera que lo relativo al alcantarillado debería ser calificado como contrato de servicios, y no como concesión.

En efecto, queda determinado, material y formalmente, que nos hallamos ante una verdadera concesión que abarca tanto los servicios de abastecimiento como los de alcantarillado.

Sentada esta premisa, debe hacerse una precisión adicional en lo que a la ejecución de las obras se refieren los documentos reguladores de la concesión.

En este sentido, de todo el acervo regulador de la concesión –Cláusulas 4, 8 15, 29, 36, 40 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares; artículos 1, 2, 3, 8, 11, 12, 15, 26 y 33 del Pliego de Prescripciones Técnicas- resulta que forma parte del objeto del contrato la ejecución de las obras que sea necesario realizar en el desarrollo de las actividades propias de la concesión.

Y más concretamente -Cláusula 15 del Pliego de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Proyecto de obras aprobado con fecha de 17 de septiembre de 2018-, resulta la necesidad de acometer tres actuaciones: la construcción del último tramo de un anillo en alta presión y la conexión de éste con la red de abastecimiento actual; la sectorización de la red (con sustitución de algún tramo), de forma que cada sector sea independiente de los otros



y tengan todos la misma presión; y la sustitución de los contadores de los usuarios para controlar el consumo de agua y evitar posibles fraudes. Actuación esta última que se cuantifica en 202.661,44 €

Pues bien, en el primer caso, se estima que esa multitud de supuestos abstractamente considerados, en las que se incluye como obligación del concesionario la realización de obras ampliación, renovación o mejora, más que tener que ser configurado como el objeto de un contrato de obras autónomo a la propia concesión, constituyen propiamente una consecuencia del normal desenvolvimiento de la concesión, y así se prevén como una obligación del concesionario, a fin de que vaya ajustando su actividad a las nuevas necesidades que reclame el desarrollo de la concesión. Pero en ningún caso puede considerarse que se prevean como obras consideradas como formalmente autónomas, que reclamen la necesidad de calificar expresa y formalmente el presente contrato como mixto.

En el segundo caso, el de las tres actuaciones previstas en la Cláusula 15 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Proyecto de obras aprobado con fecha de 17 de septiembre de 2018, sí concurre esa concreción y autonomía para entender que constituye el objeto de un contrato de obras.

Pero ciertamente, esa es la naturaleza que le atribuyen los Pliegos, el estudio de viabilidad y el propio Proyecto de obras, que sistemáticamente se refieren siempre a una concesión de servicios que es complementada con la ejecución de dichas obras de carácter necesario.

Obra en el dicho acervo regulador la justificación de no sólo la necesidad de acometer dichas obras, sino también la de su necesaria integración con las demás prestaciones propias de la concesión en términos de vinculación y complementariedad.

Y los términos en que se expresa esa justificación habilita para entender que resulta debidamente justificado y acreditado ese requisito de la vinculación y la complementariedad que reclaman los artículos 18.1 y 34.2 de la LCSP.

Recordemos que dicho acervo regulador determina constantemente el carácter necesario, si bien complementario, de la ejecución de las obras, a fin de lograr un eficaz desenvolvimiento de la concesión.



Es especialmente ilustrativo el informe del órgano de contratación, que resume dicha justificación al señala que *“en cuanto a las obras a realizar por el adjudicatario, el Estudio de Viabilidad Económico-Financiera señala, en su apartado sexto, relativo al análisis ambiental de los servicios, que uno de los primeros objetivos a conseguir es que los aumentos y disminuciones en la demanda de uso se correspondan proporcionalmente con el caudal de agua adquirido “en alta”. Dicha correspondencia no se produce actualmente, por medio de la gestión directa de los servicios, debido al mal estado de la red que revela una eficiencia inferior al 30%, tal y como se expone en el Estudio de Viabilidad Económico-Financiera. En este sentido el referido estudio estimó una disminución del caudal adquirido “en alta” en los dos primeros años de la concesión, siempre y cuando se realicen las obras definidas en los correspondientes anteproyectos, y que consisten en la ejecución de dos actuaciones:*

□ACTUACIÓN 1. ANILLO EN ALTA PRESIÓN Y CONEXIÓN CON RED

□ACTUACIÓN 2. SECTORIZACIÓN DE LA RED

La finalidad es racionalizar la red de suministro, al terminar el anillo de alta presión, sectorizar la red de distribución de acuerdo a las diferencias de cota, y controlar el caudal y la presión de dichos sectores para evitar fugas y repararlas en el menor tiempo posible.

Todo ello, junto con la reposición de los tramos más conflictivos, en la actualidad, producirá un aumento de la eficiencia de la red, que junto con las medidas que se proponen en el apartado anterior, deben alcanzar el 70% de eficiencia.

Por tanto, la viabilidad de la concesión de los servicios, desde un punto de vista medioambiental, parte de la escasez del recurso y tiene como objetivo fundamental la disminución del caudal de suministro de agua potable en alta, reducción que se ha de conseguir en los primeros tres años de la concesión. Se pretende reducir la compra de agua de 328.553,56 m³ a 160.743,30 m³ con el beneficio medioambiental que ello supone de manera directa: menor consumo del recurso, así como de los costes energéticos indirectos producidos durante su elevación hasta el anillo de les Valls.

De ello se deduce, sin duda alguna, que la viabilidad de la gestión indirecta de los servicios, mediante concesión, está estrechamente ligada a la disminución del caudal de suministro de



agua en alta y, por tanto, a la ejecución de las obras contempladas en los pliegos del contrato, y definidas en los correspondientes proyectos.

En consecuencia, no es posible licitar dichas obras de manera independiente, mediante el correspondiente contrato de obras y, al mismo tiempo, garantizar la viabilidad de la concesión. Ningún sentido tiene que el ayuntamiento adjudique un contrato de obras, lo financie con cargo a recursos propios, y luego que no licite la concesión del servicio, o que la liquidación quede desierta. La viabilidad de la concesión va unida, indisociablemente, a la ejecución de las referidas obras, por lo que, aun tratándose de prestaciones diferenciadas, están unidas la una a la otra.”

Ello, unido al hecho de que el importe de esas obras representa el 5,68% del importe global del contrato, impide que pueda considerarse arbitraria o injustificada su acumulación en un único contrato.

Por todo ello, entiende este Tribunal que el objeto del contrato, las prestaciones que integra y su integración recíproca, se han definido y justificado adecuadamente, y su determinación responde a los intereses públicos que se quieren satisfacer y proteger con la celebración del contrato, por lo que las pretensiones de la recurrente deben rechazarse en este orden, por estar más dirigidas a determinar el objeto del contrato con arreglo a sus propios intereses que los generales que ha de atender el órgano de contratación.

Séptimo. Determinado que se ha llevado a efecto una adecuada determinación y justificación de las prestaciones que integran el contrato, y que éste obedece auténticamente a una concesión de servicios que lleva aparejada determinadas obras complementarias; se atenderá ahora a la reclamación de la recurrente por la que determina que no se ha justificado debidamente la no división en lotes de las diferentes prestaciones que componen el objeto del contrato.

En este sentido, ha sido constante la doctrina de este Tribunal que reconoce amplia discrecionalidad al órgano de contratación para delimitar el objeto del contrato y para determinar el número y contenido de los lotes en los que éste se divida, atendiendo a la finalidad del contrato y al interés público que pretende satisfacer con la contratación (por



todas, Resoluciones 548/2014, de 18 de julio, 837/2015, de 18 de septiembre, o 262/2017, de 10 de marzo).

Por lo demás, y tal y como se señaló, entre otras, en las Resoluciones 262/2017, de 10 de marzo, 221/2017, de 24 de febrero, 223/17, de 3 de marzo, 724/16, de 16 de septiembre, 801/16 y 803/16, de 7 de octubre, las nuevas Directivas de contratación animan a los poderes adjudicadores a dividir los grandes contratos en lotes, y ello con el fin de fomentar la participación de las PYME en las licitaciones públicas: La Directiva 2014/24/UE establece un cambio de planteamiento en la regulación de la división de los contratos públicos en lotes con la finalidad, declarada en su Considerando 78, de adaptar la contratación pública a las necesidades de la PYME, animando a los poderes adjudicadores, de acuerdo con el documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 25 de junio de 2008 titulado 'Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos', a dividir los grandes contratos en lotes, de forma que se facilite la participación de la PYME. En consecuencia, y de acuerdo con el artículo 46 de la Directiva, que goza de efecto directo, 'Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes, siendo así que, cuando el órgano de contratación decida no dividir el contrato en lotes, debe explicar en el pliego o en un informe específico las razones de su decisión.

Más recientemente, y ya vigente la LCSP, su artículo 99.3 establece como regla general la división en lotes del contrato, pero en el sentido de que no se impone esta división en lotes de forma obligatoria, sino que, sólo si no se divide, hay que justificarlo (Resolución 1182/2018, de 21 de diciembre).

Concretando estas previsiones al caso que nos ocupa, el objeto del presente contrato no ha sido dividido en lotes, si bien la Cláusula 15 del Pliego de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares contiene una exhaustiva justificación del porqué se ha procedido de tal manera.

En este sentido, es también especialmente ilustrativo el informe del órgano de contratación, que señala que *"No obstante, en la Cláusula 5 del Pliego de condiciones administrativas se justifica con detalle la indivisibilidad en lotes, indicándose que las prestaciones incluidas en el objeto del contrato responden a una única función técnica guardando entre sí un vínculo*



operativo, de eficiencia y plena complementariedad y coordinación de la prestación conjunta de dichos servicios en el ámbito del ciclo integral del agua.

Nos remitimos a lo expuesto en la referida Cláusula, ya que la misma da cumplida razón de los motivos por los que el órgano de contratación optó, en este caso, por no dividir el contrato en lotes, que, además, se refieren a extremos que a modo de ejemplo facilita el Considerando 78 de la Directiva 2014/24 (hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico y la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes, con la finalidad de evitar el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato, lo que, sin duda, sucedería de dividir en lotes el contrato, pues al tratarse de un municipio de poca población, las tareas realizadas por el personal de la empresa adjudicataria están contempladas tanto en la parte de abastecimiento como de saneamiento; al margen de la dedicación no completa del personal al municipio, y de la merma de eficacia que se produciría de no integrar las prestaciones incluidas en el objeto del contrato al responder a una única función técnica y guardar entre sí un vínculo operativo, junto con los mayores costes que, de seguro, pondrían en riesgo la viabilidad de la licitación). Interpretación mayoritaria de la JCCA (por todos, cítese el Informe 12/15, de 6 de abril de 2016).”

En definitiva, constatado que existen motivos válidos para no proceder a la división en lotes del objeto del contrato, y que los mismos han sido debidamente justificados en el expediente, procede desestimar este pedimento de la recurrente.

Octavo. Finalmente, la recurrente estima que se ha producido una incorrecta determinación de la viabilidad económica y financiera del contrato en relación con el plazo de duración del mismo.

A tal efecto, impugna las cláusulas 10 y 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, así como el apartado 8 del estudio de viabilidad incorporado al expediente de contratación.

Así, con base en lo dispuesto en el artículo 29 de la LCSP, cuestiona el plazo de 20 años previsto para la duración de la concesión, por considerar que ha sido indebidamente determinado para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido.



Adicionalmente pone de manifiesto que existen determinados errores que entiende que provocan que el plazo de duración resulte incorrecto. Particularmente cuestiona que:

- el cálculo del Valor Actual Neto y de la Tasa Interna de Rentabilidad no se han realizado en base a los flujos de caja de la concesión, sino que incluyen en su cálculo conceptos contables.
- se han incluido unos costes financieros en que hipotéticamente podría incurrir el concesionario, y ello supone incrementar los costes del servicio artificialmente.
- sobre los conceptos de gastos generales y de beneficio industrial, afirma que se incurre en el error de que se carguen como coste al servicio
- entiende que es llamativo que se asuma una Tasa Interna de Rentabilidad del 46,47% cuando ha supuesto una tasa de descuento del 3,38% para el cálculo del Valor Actual Neto.

Como consecuencia de todo ello, la recurrente ofrece unos cálculos alternativos para concluir que un plazo de 5 años de concesión sería suficiente para garantizar su viabilidad.

Pues bien, para dar respuesta a estos alegatos, como punto de partida debe invocarse la discrecionalidad técnica del órgano administrativo competente para elaborar el estudio de viabilidad previsto en artículo 285.2 de la LCSP, así como de las previsiones que posteriormente lo reflejarán en los Pliegos.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324) afirmó que *“la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción "iuris tantum" sólo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto,*



quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador (...)”.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2014 (Recurso 3157/2013) viene a señalar que la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadores, impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico.

Por lo tanto, no se trata de realizar un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes, sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del razonamiento técnico se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos.

Así se procederá en el caso que nos ocupa. Por tanto, no se podrán tomar en consideración las argumentaciones de la recurrente anteriormente referidas que tienden a ofrecer una versión alternativa al modelo de viabilidad económica elaborado por el Ayuntamiento con fecha de 16 de mayo de 2018.

Y ello obliga por tanto a analizar aquellos aspectos que, asépticamente y exentos de valoraciones subjetivas, pongan de manifiesto un error patente o una contravención de la normativa aplicable.

Lo que en este caso se concreta en analizar únicamente dos extremos: si resulta debidamente justificada la ampliación del plazo más allá de cinco años, con base en lo dispuesto en el estudio de viabilidad, en los términos del artículo 29.6 de la LCSP; y si se ha contravenido el artículo 131 Real Decreto 1098/2001.

Todo lo demás, como señalamos, quedarán fuera del enjuiciamiento de este Tribunal, por ser argumentaciones de la recurrente que, más que poner de manifiesto errores patentes o vulneraciones del ordenamiento, se orientan a ofrecer una propuesta alternativa sobre la viabilidad económica de la concesión.



Así, analizando el primer extremo, en lo que respecta a la ampliación del plazo de la concesión de servicios más allá de cinco años, sin que exceda de veinticinco, tal posibilidad está permitida por ese artículo 29.6 de la LCSP, siempre 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 –tanto las iniciales como las posteriormente realizadas- para alcanzar los objetivos contractuales específicos.

Y ciertamente, atendiendo al propio Pliego como al Estudio de viabilidad que en este ámbito le sirve de sustento, se han analizado todas las previsiones que dicho artículo reclama para fijar un plazo superior a cinco años e inferior a veinticinco.

Concretamente, analiza, motiva y justifica la preferencia por un modelo de gestión indirecta, su uso e incidencia y viabilidad económica y financiera.

Cumplidas tales exigencias, y siendo facultad del órgano de contratación elegir el modelo y forma en que configura la prestación de ese servicio, no puede estimarse en este punto la reclamación de la recurrente.

En segundo término, en lo que respecta a una posible vulneración del artículo 131 del RD 1098/2001, es criterio de este Tribunal que la aplicación de dicho precepto a contratos distinto del de obras no es exigible, más allá de que, a lo sumo, pueda tomarse en consideración con un carácter meramente orientativo.

Así la Resolución 159/2016, de 19 de febrero, determino que *“En relación con este último extremo, debe destacarse, primeramente, la improcedencia de hacer implícita traslación de los valores reflejados en el citado artículo 131, como así lo hace la actora en el punto tercero de su recurso (página 5), pues, como fácilmente puede comprobarse, el citado precepto se refiere al contrato de obras, siendo así que, en lo que atañe a los contratos de servicios, el artículo 197 del mismo Reglamento solo alude a la toma en consideración de los gastos generales y beneficio industrial del contratista al referirse a la determinación del precio por administración, otorgando una amplia libertad valorativa al órgano de contratación, al indicar que se incrementará el precio calculado con base en el coste directo indirecto de las unidades empleadas “en un porcentaje o cantidad alzada”, sin mayores detalles o precisiones.”*



O la Resolución 1144/2018, de 17 de diciembre, señaló que *“En primer lugar cabe indicar sobre la aplicación del artículo 131 del RGLCAP, que como el propio precepto indica está referido a los contratos de obras y no a los de servicios, por lo que la horquilla de los porcentajes que establece no son de aplicación en el contrato que nos ocupa. En efecto, en los contratos de servicios, no existe norma expresa que establezca los conceptos que deba contener el presupuesto base de licitación, a semejanza de lo que determinan los artículos 130 y 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que regulan el cálculo de los precios de las distintas unidades de obra y el presupuesto de ejecución material y presupuesto base de licitación, en el cual se integra un porcentaje de gastos generales y otro en concepto de beneficio industrial.”*

Dado que no es exigible ni obligatoria su aplicación general fuera de ese contexto o para otra finalidad, tampoco puede estimarse este motivo invocado por la recurrente.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar en parte el recurso interpuesto por D.A.D.O.G. en representación de PAVAGUA AMBIENTAL S.L.U., contra *“los Pliegos”* que rigen la licitación convocada por el Ayuntamiento de Benifairó de les Valls para contratar la *“Concesión de los Servicios de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado de Benifairó de les Valls, con número de expediente 171/2018”*, anulando el apartado 1 de la regulación de la solvencia técnica de la Cláusula 16 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares según lo manifestado en el Fundamento de Derecho Quinto de esta Resolución, y retrotraer el procedimiento al momento anterior a su aprobación.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de 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.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.