RE 043/2020, 046/2020 & 047/2020

Acuerdo 49/2020, de 26 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelven los recursos especiales interpuestos en nombre y representación de las mercantiles: "ACCIONA AGUA SERVICIOS, S.L.", "GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A." y "TECNICAS VALENCIANAS DEL AGUA, S.A." frente a los pliegos del procedimiento de licitación de «Concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado del municipio de Calatayud», promovido por el Ayuntamiento de Calatayud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 14 de octubre de 2019 se publicó, en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), anuncio de licitación del procedimiento que figura en el encabezamiento de este acuerdo.

Se trata de un contrato de concesión de servicios, tramitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 34 781 174 euros, IVA excluido. Según indica el anuncio, el plazo de presentación de proposiciones finalizaba el día 13 de noviembre de 2019.

Segundo.- Con fecha 31 de octubre, don M.L.D.G. interpuso, en nombre y representación de la mercantil "ACCIONA AGUA SERVICIOS, S.L.", en la Oficina de correos número 1 de Madrid, recurso especial en materia de contratación frente a los pliegos que rigen el procedimiento de licitación interesando la anulación de la cláusula 17 del Pliego de Cláusulas Administrativas (en adelante, PCAP), relativa a los criterios de adjudicación o, subsidiariamente, la ampliación del plazo de presentación de proposiciones

para garantizar un trato de igualdad entre los licitadores. A dicho recurso, en atención a su orden de llegada, le fue asignado el número 125/2019.

Tercero.- El día 4 de noviembre de 2019 se recibió, en el Registro General de este Tribunal, un nuevo recurso especial en materia de contratación frente a los pliegos que rigen el procedimiento de licitación interpuesto por don J.O.F.C., en nombre y representación de la mercantil "TÉCNICAS VALENCIANAS DEL AGUA, S.A.". A dicho recurso, en atención a su orden de llegada, le fue asignado el número 126/2019.

El recurso manifestaba su disconformidad con la cláusula 17.1.B del PCAP, sosteniendo que la valoración de los criterios sujetos a evaluación posterior está sujeta a «umbrales de saciedad». Interesaba que con estimación del recurso se anulara el PCAP que rige el procedimiento.

Cuarto.- Con fecha 4 de noviembre de 2019, se dio traslado de ambos recursos, al órgano de contratación, que remitió el día 6 de noviembre de 2019 el expediente e informes a que hace referencia el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Quinto.- El día 5 de noviembre de 2019 doña S.V.F., en nombre y representación de la mercantil "GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A.", interpuso, en la oficina de correos número 36 de Madrid y en el Registro General del Ayuntamiento de Calatayud, recurso especial en materia de contratación, frente a los pliegos del procedimiento de licitación de referencia, interesando la anulación del procedimiento de licitación.

Sexto.- Con fecha 8 de noviembre de 2019, el órgano de contratación remitió los informes a que hace referencia el artículo 56.2 de la LCSP.

Séptimo.- Mediante el Acuerdo 143/2019, de 27 de diciembre se acordaba la acumulación de los citados recursos especiales para su resolución conjunta y con estimación de los mismos se declaraba la invalidez del PCAP, con los efectos que se establecían en la parte expositiva del mismo/ mencionado acuerdo.

Por lo que a estos dos recursos interesa, el citado acuerdo señalaba lo siguiente:

«*En el presente caso, las fórmulas de los criterios 1º y 2º (los de mayor peso dentro de los sujetos a evaluación posterior), al otorgar la misma puntuación a determinada oferta una vez alcanzado el umbral, tal y como denuncian las recurrentes, carecen de la exigible proporcionalidad y vulneran los principios de igualdad de trato y de eficiencia y control del gasto. Pero, además, al permitir conocer de antemano la concreta oferta con la que se obtendría el máximo por dichos criterios, así como por los restantes criterios sujetos a fórmulas antes analizados, ello determina que en el conjunto de estos criterios vaya a producirse con mucha probabilidad un empate técnico, de tal manera que, a pesar de la ponderación o distribución de puntuación entre los criterios de valoración, 60 puntos por criterios sujetos a fórmulas y 40 puntos por los sujetos a juicio de valor, acaben primando éstos últimos y convirtiéndose en decisivos, con independencia de la ponderación formal que nominalmente se le atribuye en el PCAP, por lo que éste, al atribuir la valoración de los criterios de adjudicación a la Mesa de contratación, está eludiendo, de forma indirecta y en fraude de ley, la preceptiva intervención del comité formado por expertos con cualificación apropiada, exigida por el artículo 146.2.a) de la LCSP para los casos en que la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor tenga atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, es disconforme a Derecho.*

Por tanto, aun cuando el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) ha comenzado a admitir este tipo de fórmulas en las Resoluciones que el órgano de contratación cita en su informe al recurso, en las que se viene a reseñar que hay un nuevo régimen jurídico de

la valoración de ofertas donde refuerza la importancia de los criterios vinculados a la calidad permitiendo la inclusión de cláusulas como la impugnada con el fin de dar mayor peso a los criterios cualitativos desincentivando las ofertas con bajas excesivas, en el supuesto aquí analizado, además de que al no establecer el PCAP que la aplicación de los criterios de adjudicación se haga por el órgano correcto –el comité de expertos– lo que determina su ilegalidad, dicha doctrina reciente se estima no resulta aplicable. Los criterios, tal y como están configurados, valoran el incremento sobre el porcentaje mínimo de la facturación que debe abonarse a la Administración, como canon o participación de la concesión de servicios. Esto es, el límite que se introduce para desincentivar un incremento superior de dicho canon, solo indirectamente puede incidir en la calidad de la prestación del servicio, pues afecta a los beneficios a percibir por el concesionario, y no se trata de establecer límites a las reducciones de precios en las ofertas económicas sobre precios máximos.

Y ello, a pesar de que el órgano de contratación señala que "Tratándose de un contrato de gestión de servicios, con una importante inversión inicial y una duración de veinte años, la pretensión municipal, plasmada en las bases de la convocatoria, de modular el criterio del precio para disuadir la presentación de ofertas mediocres o de imposible cumplimiento debido a los precios desorbitados ofertados, primando la calidad, la experiencia en la gestión, el estudio riguroso de los aspectos de la contratación que permita la formulación de una oferta viable a lo largo del prolongado plazo de duración del contrato, etc. constituye justificación más que suficiente de la inclusión de `umbrales de saciedad´ en la oferta económica", obviando que estamos ante un contrato de concesión de servicios en el que no hay un precio sino una participación o canon a abonar por el contratista, que no es valorable a la baja sino al alza, por lo que no resulta admisible considerar que dichos umbrales estén fijados en pos de una garantía de mayor calidad; de ahí que tales criterios de adjudicación –tal y como han sido configurados– difícilmente puedan redundar en un mejora de la misma.

A lo sumo cabría admitir, como viene haciendo el TACRC en sus últimas resoluciones, criterios de adjudicación conformados con un umbral de saciedad para lograr el máximo nivel de calidad, bajo otros parámetros y en unas circunstancias diferentes; por ejemplo, si se hubiera previsto la constitución de un comité de expertos para la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor, o si se hubieran establecido además otros criterios sujetos a fórmula sin el indicado umbral, mediante una ponderación tal que no se eludiera la obligación de la constitución de dicho comité, pues solo así se garantizaría los principios de igualdad de trato y de eficiencia y economía en la gestión.

Por tanto, dado que el incorrecto diseño de funcionamiento en los criterios de adjudicación no es una mera irregularidad sino que implica un vicio de nulidad (Acuerdo 7/2018, de 13 de febrero, de este Tribunal) procede estimar este motivo del recurso y anular el PCAP en lo relativo a los criterios de adjudicación señalados, teniendo en cuenta que, como se afirma en nuestro Acuerdo 86/2015, de 10 de agosto, la anulación de un criterio de adjudicación, o de las normas para su valoración obliga a la convocatoria de un nuevo procedimiento de licitación.

Aunque la estimación de este motivo de recurso lo haría innecesario –pues del mismo se deriva la nulidad de la licitación–, este Tribunal considera necesario, en aras al principio de congruencia y de evitar ulteriores impugnaciones de la nueva licitación, pronunciarse sobre algunos –no es preciso respecto de aquéllos que denuncian cuestiones relativas a las vicisitudes ocurridas durante la tramitación del procedimiento de licitación– de los otros motivos en los que se fundan los recursos interpuestos».

Octavo.- Con fecha 2 de marzo de 2020 se publicó, en la PCSP, anuncio de licitación del procedimiento que figura en el encabezamiento de este acuerdo.

Se trata de un contrato de concesión de servicios, tramitado por procedimiento electrónico abierto, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 34 981 174 euros, IVA excluido. Según indica el anuncio, el plazo de presentación de proposiciones finalizaba el día 14 de abril de 2020.

Noveno.- Con fecha 14 de marzo de 2020 –previa su inserción el mismo día en el Boletín Oficial del Estado nº 67– entró en vigor el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, cuya Disposición Adicional 3ª –en su redacción original– preveía la suspensión de los términos e interrupción de los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público, entendido éste en su integridad de acuerdo con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Pública.

De acuerdo con lo dispuesto en el citado Real Decreto, el 16 de marzo de 2020, el órgano de contratación publicó en la PCSP la suspensión del plazo para la presentación de ofertas del procedimiento de licitación.

Décimo.- El día 8 de mayo de 2020 el órgano de contratación, acogiéndose a la disposición adicional octava del Real Decreto Ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, levantó la suspensión de los plazos del procedimiento de licitación, al ser su tramitación por medios electrónicos. De este modo, el nuevo plazo para la presentación de ofertas finalizaba el día 25 de mayo de 2020.

Undécimo.- Con fecha 11 de mayo de 2020 doña M.L.D.G. interpuso, en nombre y representación de la mercantil “ACCIONA AGUA SERVICIOS, S.L.”, recurso especial en materia de contratación frente a los pliegos que rigen el procedimiento de licitación interesando la anulación de las cláusulas 17 y 19 del PCAP. A dicho recurso, en atención a su orden de llegada, le fue asignado el número 43/2020.

Duodécimo.-. El día 14 de mayo de 2020, fue presentado, en el Registro General del Ayuntamiento de Calatayud, un nuevo recurso especial en materia de contratación frente a los pliegos que rigen el procedimiento de licitación interpuesto por don I.A.G., en nombre y representación de la mercantil

"GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A." interesando la anulación de las cláusulas 17 y 23 del PCAP. Dicho recurso, junto con el informe elaborado por el órgano de contratación acerca del mismo, fue recibido en este Tribunal el día 19 de mayo de 2020 y atendiendo a su orden de llegada, le fue asignado el número 46/2020.

Decimotercero.- El día 19 de mayo de 2020, se recibió en el Registro General de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación frente a los citados pliegos e interpuesto el día 15 de mayo de 2020 por don J.O.F.C., en nombre y representación de la mercantil "TÉCNICAS VALENCIANAS DEL AGUA, S.A." en la Oficina de correos número 2 de Paterna (Valencia). El recurso interesa la anulación de la cláusula 17.b del PCAP.

A dicho recurso, en atención a su orden de llegada, le fue asignado el número 47/2020.

Decimocuarto.- El día 21 de mayo, se dio traslado del recurso al órgano de contratación el cual remitió el día 25 de mayo el informe correspondiente acerca del recurso.

Decimoquinto.- El día 26 de mayo de 2020, el órgano de contratación publicó, en la PCSP, un anuncio del siguiente tenor literal:

«*Se pone en conocimiento de los posibles interesados que por* ***FCC AQUALIA SA*** *se ha interpuesto ante* ***EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 5 DE LOS DE ZARAGOZA*** ***PROCEDIMIENTO ORDINARIO 98/2020*** *contra* ***el anuncio de licitación y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen la contratación de la gestión del servicio de abastecimiento de agua y alcantarillado de Calatayud,*** *y de conformidad con lo establecido en el art.49.1 de la LJCA,* ***se les emplaza para que pueda comparecer y personarse ante el mencionado Juzgado*** *en el plazo de* ***NUEVE DIAS****, en legal forma, haciéndole saber igualmente que, de personarse fuera del indicado plazo, se le tendrá por parte sin que por ello deba retrotraerse ni*

interrumpirse el curso del procedimiento y si no se personaren oportunamente continuará el procedimiento por sus trámites, sin que haya lugar a practicarle notificación de clase alguna. (..)»

Decimosexto.- El día 26 de mayo de 2020 y tras la finalización del plazo de presentación de ofertas, el órgano de contratación dio cuenta a este Tribunal de las licitadoras que han concurrido a la licitación y que son:

- "ACCIONA AGUA Y SERVICIOS, S.L.";
- "AQUARA GESTIÓN CICLO INTEGRAL DE AGUA DE ARAGÓN, S.A.U.";
- "FCC AQUALIA, S.A.";
- "UTE FACSA-TEDAGUA";
- "UTE PAVAGUA AMBIENTAL, S.L.U – ACYC OBRAS Y SERVICIOS, S.L.U.";
- "GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A.";
- "SOCAMEX, S.A.U."; y,
- "VEOLIA SERVICIOS NORTE, S.A.U.".

Decimoséptimo.- Con fecha 27 de mayo de 2020 fue otorgado a la mercantil "TECNICAS VALENCIANAS DEL AGUA, S.A.", trámite de alegaciones sobre la posible existencia de una causa de inadmisión, prevista en el artículo 21.2.b) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante, LMMCSPA). Se han recibido alegaciones de la recurrente oponiéndose a dicha inadmisión.

Decimoctavo.- Con fecha 8 de junio de 2020, a fin de evacuar trámite de audiencia a los interesados, se notificó la interposición de los tres recursos a los participantes de la licitación, (siendo dos de los recurrentes licitadores) así como al órgano de contratación, otorgándoles un plazo de cinco días para formular alegaciones sobre la posible causa de inadmisión de todos los recursos por incompetencia de este Tribunal.

Se han recibido alegaciones, oponiéndose a la inadmisión de los recursos interpuestos, tanto por parte del órgano de contratación, como por parte de las mercantiles “TECNICAS VALENCIANAS DEL AGUA”, “GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA” Y “FCC AQUALIA, S.A.”

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter preliminar este Tribunal quiere reseñar que, analizados los escritos de los recursos, en los tres se aprecia identidad desde el punto de vista objetivo, al ser la misma actuación impugnada- los pliegos que han de regir la contratación-, por lo que procede abordar su resolución de manera conjunta, pues entre ellos existe la identidad sustancial o íntima conexión a que se refiere el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), por lo que es pertinente, en aras del principio de economía procedimental, acumular los citados recursos para su resolución en un único procedimiento y mediante un solo acuerdo, conforme se establece en el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Por tanto, siendo la acumulación de diversos recursos administrativos una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar por propia iniciativa, este Tribunal decide acordarla respecto de los recursos 43/2020, 46/2020 y 47/2020 para su resolución conjunta en un solo acuerdo.

SEGUNDO.- Se acredita la legitimación de “ACCIONA AGUA SERVICIOS, S.L.”, de “GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A.” y de “TÉCNICAS

VALENCIANAS DEL AGUA, S.A.” para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP en defensa de sus intereses, en cuanto potenciales licitadores conforme al ámbito de su objeto social definido en los estatutos de las citadas mercantiles.

También queda acreditado que los recursos se han interpuesto frente a la licitación de un contrato de concesión de servicios públicos cuyo valor estimado es 34 981 174 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.c) de la LCSP, y se dirige contra el anuncio de licitación y el acto de aprobación de los pliegos, actuaciones específicamente contempladas entre las susceptibles de impugnación *ex* artículo 44.2.a) de la LCSP.

El acto es recurrible de acuerdo con los aludidos preceptos y los recursos se han interpuesto en tiempo y forma.

TERCERO.- No obstante lo anterior, en el caso que nos ocupa consta que se ha interpuesto asimismo, por la mercantil “FCC AQUALIA, S.A.” recurso contencioso administrativo ante el Juzgado número Cinco de Zaragoza, (procedimiento ordinario 98/2020) frente al anuncio de licitación y al PCAP y Pliego de Prescripciones Técnicas que rigen la contratación de la gestión del «Servicio de abastecimiento de agua y alcantarillado de Calatayud, objeto de estos recursos especiales.

A pesar de la falta de previsión legal en la normativa de contratación pública y, particularmente, de la que regula el presente recurso especial, del escenario concurrente en el presente caso, cabe aquí apreciar la existencia de la situación denominada litispendencia, al haber sido recurrido, por diferentes recurrentes y por las dos vías –recuso especial y recurso contencioso-administrativo– los mismos actos, dado el carácter potestativo del primero.

Así, tal y como ha señalado la reciente sentencia de 12 de mayo de 2019 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, «(e)*s evidente que la jurisdicción contenciosa-administrativa es prevalente sobre cualquier decisión de un tribunal administrativo, de forma y manera que una vez iniciado un proceso judicial, el tribunal administrativo pierde todo tipo de competencia sobre la conformidad o no a derecho del acto sometido al control judicial*», por lo que, una vez sustanciada la impugnación de la misma actuación ante el órgano jurisdiccional correspondiente y ante este Tribunal administrativo, éste carece de competencia para conocer de los presentes recursos especiales; es decir, la vía administrativa debe quedar cerrada al haberse elegido –por uno de los interesados en la presente licitación y frente a idéntica actuación habida durante su tramitación– la vía contencioso-administrativa.

También cabe aplicar lo argumentado en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, nº 536/2013, de 22 de noviembre en la que se afirma lo siguiente:

«*En consecuencia este Tribunal no puede pronunciarse, ante la existencia de un procedimiento judicial abierto con las mismas pretensiones que se hacen valer en este recurso, dada la preferencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sobre la actuación de los órganos administrativos. De lo contrario se asumiría el riesgo de dictar una resolución incoherente con la que, en su momento, dicte el órgano jurisdiccional, apreciándose en consecuencia, litispendencia. Estando, por tanto, pendiente de resolución en vía jurisdiccional contenciosa la misma reclamación que la planteada en este expediente, este Tribunal debe aplicar el principio de litispendencia que le impide entrar en el fondo del asunto y por tanto pronunciarse sobre dicha reclamación. Como dice el Consejo de Estado en su dictamen 51.914/1989, de 22 de noviembre: "Existe un principio general, consagrado por las leyes procesales y aceptado sin discusión alguna por la doctrina y la jurisprudencia, en virtud del cual cuando un asunto se encuentra "sub judice", ningún otro Juez o Tribunal puede entrar a conocer del mismo". El Consejo de Estado, en el dictamen antes citado, concluye que la misma regla de "cierre procesal" y absorción plena de*

toda la competencia para conocer del asunto por parte del juzgador llamado a decidir sobre un pleito, debe también aplicarse a los procedimientos administrativos, y concluye que el principio de litispendencia también debe ser observado en los procedimientos administrativos para ahorrar esfuerzos procesales innecesarios y evitar posibles fallos contradictorios. En consecuencia, procede la inadmisión del recurso, sin que quepa entrar sobre las pretensiones formuladas por la empresa recurrente».

Por tanto, procede la inadmisión de los recursos interpuestos.

En virtud de cuanto precede, al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Acumular la tramitación de los recursos especiales en materia de contratación presentados por "ACCIONA AGUA SERVICIOS, S.L.", "TÉCNICAS VALENCIANAS DEL AGUA, S.A." y "GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A." frente a los pliegos del procedimiento de licitación de «Concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado del municipio de Calatayud», promovido por el Ayuntamiento de Calatayud.

SEGUNDO.- Inadmitir los recursos especiales presentados en nombre y representación de las mercantiles "ACCIONA AGUA SERVICIOS, S.L.", "GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A." y "TECNICAS VALENCIANAS DEL AGUA, S.A." frente a los pliegos del procedimiento de licitación de «Concesión

del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado del municipio de Calatayud», promovido por el Ayuntamiento de Calatayud.

TERCERO.- Notificar el presente Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.