

RE 54/2023 & RE 55/2023

Acuerdo 60/2023, de 23 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelven los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por “AQUARA GESTIÓN CICLO INTEGRAL DE AGUAS DE ARAGÓN, S.A.” Y “AQLARA CICLO INTEGRAL DEL AGUA, S.A.” frente al anuncio y los pliegos del procedimiento de licitación denominado «Concesión del servicio de competencia municipal de abastecimiento de agua potable y saneamiento en el municipio de Andorra», promovido por el Ayuntamiento de esa entidad local.

Ponente: Paula Bardavío Domínguez

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 25 de abril de 2023 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio y los pliegos relativos al procedimiento de contratación a que alude el encabezamiento del presente acuerdo. Según figura en los citados anuncios, el plazo para la presentación de proposiciones finalizaba el día 22 de mayo de 2023.

Se trata de un contrato de concesión de servicios, licitado por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 8 077 319,01 euros, IVA excluido.

Segundo.- El día 16 de mayo de 2023, se recibió en el registro electrónico de este Tribunal, un escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.M.G.D.V., en nombre y representación de la mercantil “AQUARA GESTIÓN CICLO INTEGRAL DE AGUAS DE ARAGÓN, S.A.”,

frente al anuncio y los pliegos que rigen el citado contrato y solicita la adopción, como medida cautelar, de la suspensión del procedimiento de licitación en tanto se resuelva el recurso interpuesto.

El recurso, en síntesis, aduce:

1.- Vulneración del artículo 116.4 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), debido a la ausencia de la memoria justificativa, así como publicación y por la ausencia de justificación de los criterios de solvencia, así como de la selección de los criterios de valoración.

2.- Determinados criterios de adjudicación son contrarios a Derecho.

3.- El valor estimado del contrato no se ajusta a lo previsto en la LCSP.

4.- Existen contradicciones entre las cláusulas 36 y 37 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rige el contrato.

Al recurso recibido, atendiendo a su orden de llegada, se le ha asignado el número 54/2023.

Tercero.- El día 17 de mayo de 2023, este Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación, requiriendo del mismo el expediente e informe a que alude el artículo 56.2 de la LCSP. En el informe remitido, el órgano de contratación se opone al recurso, así como a la suspensión cautelar del procedimiento.

Cuarto.- El mismo día 17 de mayo de 2023, se recibió en este Tribunal un nuevo escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por

don J.O.F.C., en nombre y representación de la mercantil “AQLARA CICLO INTEGRAL DEL AGUA, S.A.”, frente al anuncio y los pliegos del precitado contrato.

El recurso aduce, en síntesis, que se ha producido una vulneración del artículo 145.2. de la LCSP al establecer en la Cláusula 11 del PCAP, umbrales de sociedad injustificados para los criterios sujetos a fórmula.

Por lo expuesto, interesa de este Tribunal la anulación de la cláusula impugnada y solicita la suspensión –como medida cautelar- del procedimiento.

Al recurso recibido, atendiendo a su orden de llegada se le ha asignado el número 55/2023.

Quinto.- El día 18 de mayo de 2023, este Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación, requiriendo del mismo el expediente e informe a que alude el artículo 56.2 de la LCSP. Dicho informe fue recibido el día 22 de mayo siguiente y en él, el órgano de contratación se opone al recurso así como a la suspensión cautelar del procedimiento.

Sexto.- Mediante nuestro Acuerdo 48/2023, de 23 de mayo, se acordó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

Séptimo.- Habiendo finalizado el plazo de presentación de proposiciones el día 22 de mayo de 2023, se dio traslado de los escritos de recurso interpuestos a los licitadores que han formulado propuesta en el procedimiento -entre los que se encuentran ambas recurrentes-, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentara las alegaciones que estimara oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. No se han recibido alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PREVIO.- Dado que con fecha 17 de mayo de 2023, entró en vigor la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de Uso Estratégico de la Contratación Pública de Aragón, es necesario en primer lugar, determinar el régimen jurídico aplicable a la licitación de referencia así como al presente recurso especial.

Así, debe atenderse al régimen transitorio establecido en su Disposición transitoria primera que dispone lo siguiente:

«Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley. Los expedientes de contratación cuya convocatoria de licitación haya sido publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público antes de la entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa anterior en todas sus fases. En el caso de procedimientos con negociación sin publicidad, se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.»

Por ello, puesto que la convocatoria se publicó el día 15 de abril de 2023 y por tanto, con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de Uso Estratégico de la Contratación Pública de Aragón, tal y como se ha señalado en el Antecedente de hecho primero del presente Acuerdo, resulta de aplicación a la licitación la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA).

En cuanto al presente recurso especial, se regirá también por la citada ley hasta su resolución, dado que el acto impugnado se dictó con anterioridad a la entrada en vigor señalada, de acuerdo con lo establecido en la Disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en defecto de previsión expresa en aquella.

PRIMERO.- Con carácter preliminar este Tribunal quiere reseñar que, analizados los escritos de los recursos, en ellos se aprecia identidad en el objeto de los mismos, por lo que cabe abordar su resolución de manera conjunta, al existir 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, LPACAP), por lo que procede, en aras del principio de economía procedimental, acumular los dos 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 54/2023 y 55/2023, para su resolución conjunta en un solo acuerdo.

SEGUNDO.- Se acredita en el expediente la legitimación de las mercantiles “AQUARA GESTIÓN CICLO INTEGRAL DE AGUAS DE ARAGÓN, S.A.” y “AQLARA CICLO INTEGRAL DEL AGUA, S.A.”, para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 LCSP dado que por el objeto social de su actividad social y sus pretensiones, puedan tener interés en presentarse a la licitación, como de hecho así sucedido con posterioridad a la interposición del presente recurso.

También queda acreditado que los recursos se han interpuesto frente a la licitación de un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a los tres millones de euros, por lo que este Tribunal es competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la

LMMCSA, mientras que el objeto de ambos recursos lo constituyen el anuncio y los pliegos que rigen la licitación por lo que el acto recurrido es susceptible del recurso especial en material de contratación, al amparo del artículo 44 – apartados 1.a y 2a) de la LCSP.

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

TERCERO.- Una vez verificados los requisitos para la admisión de los recursos procede entrar a examinar el fondo de los mismos.

Comenzando por el primero que tuvo entrada en este Tribunal, el recurso 54/2023, se alega en primer lugar, como causa de nulidad de la licitación, la falta de publicación de la memoria justificativa en el perfil del contratante, tal y como exige el artículo 63.3.a) de la LCSP así como la falta del contenido mínimo exigido en la memoria, señalando en el escrito que *«la suficiencia de las memorias (individualizadas para cada contrato) con todos los extremos que exige el citado artículo 116 de la LCSP, se convierten en primordiales para garantizar, no sólo el respecto a los principios de transparencia e integridad, sino como medida preventiva útil para que los órganos de contratación puedan atenuar o eliminar los riesgos identificados en la fase previa de la licitación.»*.

Frente a ello, el órgano de contratación manifiesta lo siguiente:

«El contenido material de la memoria justificativa se recoge en el Pliego de condiciones administrativas particulares (en adelante PCAP) en los apartados siguientes:

- I. ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO Y DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN cláusulas 1 a 8.*
- II. CAPACIDAD Y SOLVENCIA DEL CONTRATISTA cláusulas 9 y 10.*

III. PROCEDIMIENTO Y FORMA DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO cláusula 11.

V. EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

En los apartados citados del PCAP se recogen los aspectos que exigen los artículos 28 y 116.4 de la LCSP:

- *“La naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato, y cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad determinar con precisión la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas” (artículo 28 LCSP) recogido en la cláusula 1 del PCAP. Se justifica que el expediente se refiere a la totalidad del contrato, sin que exista fraccionamiento irregular, y si la naturaleza o el objeto del contrato permiten su división en lotes, y el órgano de contratación opta por no dividirlo (Cláusula 1 del PCAP).*
- *Se indica el plazo de duración del contrato, el procedimiento de contratación elegido así como los criterios de adjudicación (cláusula 11 del PCAP).*
- *Se establecen los criterios de solvencia económica y financiera, y técnica y profesional (cláusulas 9 y 10 del PCAP).*
- *Condiciones especiales de ejecución (cláusula 28 del PCAP).*

En cualquier caso, la información incluida en el PCAP resulta suficiente y adecuada para garantizar la transparencia e integridad del procedimiento de contratación, por lo que la no inclusión, a día de hoy, de la memoria justificativa, nada tiene que ver con la afirmación realizada por el recurrente y que citamos textualmente: “...la vulneración de los principios generales de igualdad de trato y libre concurrencia rectores de la legislación de contratos del sector público...”».

Así, de la respuesta del órgano de contratación dada en su informe sobre el recurso así como del examen del expediente administrativo queda patente que no se ha elaborado una memoria justificativa si bien el citado órgano administrativo señala que el contenido de la misma, exigido por los artículos 28 y 116.4 de la LCSP, se encuentra subsumido en el PCAP.

El último de los preceptos referidos señala lo siguiente:

«4. En el expediente se justificará adecuadamente:

- a) La elección del procedimiento de licitación.*
- b) La clasificación que se exija a los participantes.*
- c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.*
- d) El valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen.*
- e) La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.*
- f) En los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios.*
- g) La decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato, en su caso.»*

Pues bien, del examen del conjunto documental y la documentación que consta en el perfil de contratante, se constata efectivamente, que el órgano de contratación no ha elaborado ni publicado la memoria justificativa del contrato en los términos exigidos por los artículos 63.1 a) y 116.4 de la LCSP. Y el

contenido del PCAP, de carácter regulatorio más que justificativo y explicativo, no permite tener por cumplido el artículo 116.4 de la LCSP, pues ciertamente, tal y como denuncia la recurrente, no existe en el expediente justificación de los criterios de solvencia, ni de los criterios de adjudicación seleccionados.

Así pues, procede determinar las consecuencias de la infracción legal que aquí concurre y para ello, podemos extractar la doctrina contenida en la Resolución 44/2023, 25 de enero, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, que compartimos, en la que se señala lo siguiente:

«Ante las características del caso examinado, es necesario partir de la regla establecida en el artículo 28 de la LCSP, sobre la necesidad e idoneidad del contrato, según la cual los órganos de contratación no pueden suscribir otros contratos que los que sean necesarios para el cumplimiento y la realización de sus fines y corresponde al órgano de contratación definir las necesidades a satisfacer y determinar las características de los productos a suministrar o de los servicios a prestar o de las obras a realizar. Tal y como este Tribunal tiene asentado (por todas, las resoluciones 263/2020, 320/2019, 298/2019, 91/2019, 45/2018, 18/2018), el artículo 28 de la LCSP, que prevé la necesaria justificación y motivación de los elementos esenciales de los contratos, tiene, sin duda, una vinculación directa con la consecución de las finalidades establecidas en el artículo 1 de la LCSP y,

Asimismo, la justificación exigible de los elementos esenciales de la contratación con carácter previo y/o en el propio pliego de la licitación no pueden ser suplidos por las argumentaciones y motivaciones que pueda esgrimir el órgano de contratación en el informe emitido con ocasión del recurso interpuesto ex artículo 56.2 de la LCSP (en este sentido, las resoluciones 263/2020, 45/2018, 18/2018, 176/2017, 152/2017, 195/2015, también de este Tribunal, el Acuerdo 9/ 2017 del Tribunal Administrativo de

Contratos Públicos de Aragón y la Resolución 47/2016 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi).

En cualquier caso, cabe recordar la necesidad de que las razones que expone el consistorio ahora, debían estar previamente conocidas por las potenciales empresas licitadoras interesadas en el procedimiento de conformidad con sus derechos de defensa (resoluciones 271/2021, 66/2021, 136/2021, 239/2021 relativas al principio de buena administración).

En efecto, sobre la necesidad de motivar los elementos esenciales de los pliegos, este Tribunal ya se ha pronunciado ampliamente (263/2020, 320/2019, 298/20019, 91/2019, 45/2018 y 31/2018) respecto que, con carácter previo, el expediente de contratación debe contener, necesariamente, la expresión de las motivaciones.

Y, efectivamente, esta motivación resulta necesaria, en primer término, como lo es para cualquier acto administrativo, para articular con seguridad jurídica la discrecionalidad técnica de la que pueden disponer los órganos de contratación en sus ámbitos de actuación y evitar así el arbitrariedad en sus decisiones, pero, además, en el caso de las decisiones expresadas en los pliegos –que, recordemos, son objeto de aprobación expresa por el órgano de contratación al aprobarse el expediente ex artículos 117, 122.4 de la LCSP- también resulta necesaria para hacer posible la tutela judicial efectiva y evitar la indefensión de los interesados a la hora de poder reaccionar contra aquéllas mediante el sistema de recursos establecido.

En otras palabras, la motivación de los elementos esenciales que configuran las contrataciones debe ser conocida por los posibles interesados, al menos, a partir del momento en que los pliegos de la licitación son objeto de conocimiento por aquéllos como manifestación del derecho a una buena administración, del principio de transparencia y del principio de integridad del

derecho de defensa (en esta línea se ha situado el TJUE en la Sentencia de 16 de enero de 2019, asunto United Parcel Service c/Comisión, C-265/17 P). A tal efecto, la LCSP contempla también, en su artículo 63.3.a), la obligación de publicación en el perfil de contratante de la memoria justificativa del contrato.

Dado que la discrecionalidad técnica de que goza el órgano de contratación reduce las posibilidades de control a la apreciación de error manifiesto por la inobservancia de los elementos reglados, y no permite una evaluación alternativa, difícilmente puede considerarse que el informe acreditativo de la necesidad e idoneidad del contrato se trata de un requerimiento meramente formal del expediente y, por el contrario, debe considerarse un elemento sustantivo necesario para que se pueda llevar a cabo la función revisora de dicha discrecionalidad (en éste sentido, el Informe 15/2012, de 30 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña).

Dicho esto, y respecto a la pretendida incorrección del cálculo del PBL porque los gastos del personal a subrogar ya son superiores a los costes laborales, como ya debe saber la recurrente, es necesario partir, efectivamente, de la potestad discrecional que goza la administración, que es quien conoce sus necesidades de contratación, a la hora de diseñar el contrato y establecer el dimensionamiento del servicio que considera óptimas para dar satisfacción a las necesidades públicas a cubrir. Todo ello, a fin de garantizar, en conexión al objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos públicos ex artículo 1 de la LCSP (entre otras muchas, las resoluciones 26/2022, 356/2021, 323/2019, 10/2019, 240/2018, 133/2018, 131/2018, 127/2015, 8 2017 y 196/2016 de este Tribunal y 621/2017 del TACRC). En este sentido, la actuación del órgano de contratación viene delimitada por la exigencia establecida en el artículo 28 de la LCSP, en sede de la necesidad e idoneidad del contrato, tal y como se ha expuesto.»

En consecuencia, procede estimar el recurso por los argumentos expuestos y debe decretarse la nulidad del presente procedimiento de licitación por haber incurrido en la infracción legal invalidante señalada, debiendo en la futura licitación que se promueva, cumplir con la necesaria memoria justificativa de los elementos esenciales de la contratación, que debe constar en el expediente y ser publicada con la misma convocatoria de la licitación, con arreglo a los preceptos legales antes citados.

Aunque dicha estimación haría innecesario este análisis –pues del mismo se deriva la nulidad de la licitación–, este Tribunal considera necesario, en aras del principio de congruencia y a fin de evitar ulteriores impugnaciones de la nueva licitación, pronunciarse sobre el resto de los motivos del recurso.

CUARTO.- En el segundo motivo del recurso que venimos analizando –el nº 54/2023- se impugnan determinados criterios de adjudicación sujetos a evaluación posterior, en los que se valoran planes o sistemas de gestión, debido a que, a su entender, carecen de la preceptiva vinculación con el objeto del contrato. Concretamente se argumenta la impugnación de la siguiente forma:

«Como se ha explicado en la alegación anterior, no existe la más mínima justificación sobre la selección de los criterios de adjudicación, incluidos éstos, relativos a la implantación de planes de gestión, de tal forma que no se puede corroborar, tan siquiera, si este grupo de criterios referidos a los sistemas de gestión de la calidad, prevención de riesgos, energía y medioambiente, se adaptan, efectivamente, a las exigencias que determinadas por la doctrina administrativa.»

Por otra parte, no puede desatenderse el hecho de que la redacción incluida en el pliego de condiciones administrativas rector de la presente licitación, para referirse más bien a condicionantes de la empresa en su globalidad, y no a las

características de la propia prestación a contratar, al no contener ninguna especificación o referencia a los trabajos objeto de licitación.

Así, sólo se puede concluir que la configuración recogida en la cláusula 11 del PCAP de estos criterios de adjudicación, por referencia a características generales de la política medioambiental, social o corporativa de la empresa, y no referenciadas de forma concreta y específica a cada prestación del servicio, debe ser rechazada por no adaptarse a las exigencias establecidas por la doctrina administrativa de los tribunales de recursos en la implantación de aquéllos como criterios de adjudicación y no de solvencia.»

El órgano de contratación señala al respecto en su informe lo siguiente:

«1.1.- Ausencia de justificación:

1.1.1.- En su establecimiento como criterios de adjudicación.

El órgano de contratación entiende que el recurrente hace un análisis erróneo en la alegación realizada, dado que en ningún momento se está exigiendo en la documentación contractual que las empresas licitadoras o la empresa adjudicataria del servicio licitado deba disponer de certificaciones relativas a calidad, prevención de riesgos laborales, gestión medioambiental o energética.

Lo que se indica en el PCAP, y queda claro en la cláusula 15 del mismo, es que dentro del plan de explotación del servicio y específicamente en el apartado “g) Plan de Gestión Medioambiental, de la Calidad, de la Prevención de Riesgos Laborales, y de Gestión Energética”, es que la acreditación ante el órgano de contratación de la aplicación en el servicio de un sistema de gestión de calidad, medio ambiente, prevención de riesgos laborales y gestión energética, ha de realizarse mediante una certificación conforme a unas normas de referencia en el sector.

Al tratarse de un servicio de una complejidad técnica indudable, en el que hay una gran cantidad de personal, se realizan trabajos complejos que requieren de protocolos especiales y específicos para su ejecución; se emplean numerosos medios materiales, vehículos y maquinaria específicos que en función de su motorización afectan en mayor o menor medida al medioambiente, se genera una huella ecológica que puede verse reducida o aumentada en función de los medios establecidos y que en gran medida puede verse compensada para su reducción. De igual modo se realiza un gasto energético importante que puede ser reducido en función de las acciones, tratamientos y mantenimientos que se realicen en las instalaciones del servicio, todo ello puede verse reducido en gran medida si se adoptan planes y medidas relativas a calidad, prevención de riesgos laborales, gestión medioambiental o energética que incidan directamente en el servicio, y por tanto, la inclusión de este apartado dentro de los criterios de adjudicación es adecuada desde un punto de vista técnico y económico en este tipo de servicios.

El órgano de contratación considera que como la forma más objetiva de acreditar la correcta ejecución de la faceta del servicio relativa a la calidad, prevención de riesgos laborales, gestión medioambiental o energética, es que el adjudicatario certifique dichos alcances mediante un sistema de gestión conforme a una norma de acreditado prestigio en el sector del agua.

Por tanto, encontramos la alegación como injustificada y que por tanto no debe ser tenida en cuenta.

1.1.2.- Sobre la vinculación de estos criterios con el objeto del contrato:

La respuesta de esta alegación está íntimamente relacionada con la realizada en la anterior alegación.

Un servicio de la complejidad técnica como el que se está licitando, en el que hay una gran cantidad de personal; en el que se realizan trabajos complejos y que requieren de protocolos especiales y específicos para su ejecución; se emplean numerosos medios materiales, vehículos y maquinaria específicos que en función de su motorización afectan en mayor o menor medida al medioambiente, se genera una huella ecológica que puede verse reducida o aumentada en función de los medios establecidos y que en gran medida puede verse compensada para su reducción; y se realiza un gasto energético importante que puede ser reducido en función de las acciones, tratamientos y mantenimientos que se realicen en las instalaciones del servicio, todo ello puede verse reducido en gran medida si se adoptan planes y medidas relativas a calidad, prevención de riesgos laborales, gestión medioambiental o energética que incidan directamente en el servicio, y por tanto, la selección de este apartado dentro de los criterios de adjudicación son válidos desde un punto de vista técnico y económico en este tipo de servicios.

En un contrato de la complejidad técnica como el que nos ocupa, son parte fundamental e intrínseca la implantación y control de planes de calidad, prevención de riesgos laborales, gestión medioambiental o energética, dado que todos ellos redundan en el beneficio del propio servicio, en la eficiencia de la red hidráulica, tanto de abastecimiento como de saneamiento, en el coste del servicio, en la seguridad de los trabajadores y usuarios y del interés general perseguido por este órgano de contratación.

Por tanto, encontramos la alegación como injustificada y que por tanto no debe ser tenida en cuenta.»

Pues bien, la falta de justificación en el expediente de los criterios de adjudicación impide a este Tribunal formarse un juicio completo para emitir su decisión acerca de si los criterios impugnados cumplen con la necesaria vinculación con el objeto del contrato exigida por el artículo 145 de la LCSP y

por tanto, verificar si son conformes a Derecho, pues aunque el órgano de contratación apunta en su informe cierta fundamentación de la misma, no puede admitirse en este momento procesal.

En la nueva licitación que se lleve a cabo, deberá el órgano de contratación justificar que los criterios impugnados están relacionados con las concretas prestaciones a contratar, no con características de las licitadoras y podrán en su caso, ser objeto de control jurídico posterior.

QUINTO.- La recurrente impugna asimismo la forma en que se exige acreditar la disposición de los planes de gestión que son objeto de valoración, referidos en el anterior fundamento de derecho, *«porque se refiere expresa y exclusivamente a una forma de acreditación específica» -de manera estricta identifica la norma acreditativa de la certificación (UNE EN ISO 45001:2018 o UNE EN ISO 9001:2015), sin otorgar la posibilidad de recurrir a sistemas de acreditación o certificación alternativos equivalentes*, lo que a su juicio vulnera el artículo 93 de la LCSP.

La respuesta dada en el informe del órgano de contratación es la siguiente:

«Cuando en la cláusula 15 se indican las referencias a las normas UNE-EN ISO 9001:2015, UNE-EN ISO 14001:2015, ISO 45001:2018, y UNE-EN ISO 50001:2018, se trata de normas de la empresa certificadora AENOR, que como tal es una referencia notable dentro del sector, pero no es la única, y como tal al servicio y al órgano de contratación le resulta adecuado que se certifique el servicio según AENOR o cualquier otra empresa certificadora del mercado, por tanto y dado que no está establecido el uso de una norma UNE-EN ISO 9001:2015, UNE-EN ISO 14001:2015, ISO 45001:2018, y UNE-EN ISO 50001:2018.

Por tanto, encontramos la alegación como injustificada y que por tanto no debe ser tomada en cuenta.»

El precepto legal que se considera vulnerado por la recurrente señala lo siguiente:

«Artículo 93. Acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad.

1. En los contratos sujetos a una regulación armonizada, cuando los órganos de contratación exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de garantías de calidad, en particular en materia de accesibilidad para personas con discapacidad, deberán hacer referencia a los sistemas de aseguramiento de la calidad basados en la serie de normas en la materia, certificados por organismos conformes a las normas europeas relativas a la certificación.

2. Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios.»

Pues bien, lo cierto es que la redacción del pliego no permite entender que el órgano de contratación no admita la aportación de otro certificado equivalente al referido en el pliego, por lo que en rigor, no se considera que exista contravención al precepto legal invocado; no obstante lo cual, dado que se ha de llevar a cabo una nueva licitación, sí resultaría conveniente introducir la mención al «*certificado equivalente*» o similar, para dejar clara a los licitadores, la posibilidad de recurrir a otras vías de acreditación.

SEXTO.- El siguiente motivo del recurso 54/2023 tiene por objeto la impugnación de la valoración de los plazos de implantación de los sistemas de gestión. Se argumenta de la siguiente manera:

«1.3.- Uso indebido del plazo de implantación como criterio de adjudicación. Establecimiento de ventajas competitivas de unos licitadores sobre el resto.

La cláusula 15 en su apartado II.b) al determinar la documentación a incluir en el sobre nº 2 “DOCUMENTACIÓN EVALUABLE MEDIANTE JUICIO DE VALOR”, concretamente en el denominado “plan de explotación del servicio”, establece la obligación de los licitadores de presentar un plan de implantación de un sistema de gestión medioambiental, de la calidad, de la prevención de riesgos laborales y de gestión energética, con el compromiso de obtener las correspondientes certificaciones acreditativas de UNE EN ISO 14001:2015, UNE EN ISO 9001:2015, UNE EN ISO 45001:2018, UNE EN ISO 50001:2018, para la cual el licitador debe ofertar un plazo concreto para la consecución de dicha implantación y certificación:

“g) Plan de Gestión Medioambiental, de la Calidad, de la Prevención de Riesgos Laborales, y de Gestión Energética Los licitadores deberán presentar un Plan de Gestión Medioambiental, de la Calidad, de la Prevención de Riesgos Laborales, y de Gestión Energética que incluya, como mínimo, los siguientes aspectos:

- Objetivos de la implantación.

- Plan de Implantación de un Sistema de Gestión Ambiental, señalando el plazo máximo en el que el licitador se compromete a aportar, en caso de resultar adjudicatario, la certificación acreditativa de que el sistema de gestión implantado es conforme a las exigencias de la norma UNE-EN ISO 14001:2015.

- *Plan de Implantación de un Sistema de Gestión de la Calidad, señalando el plazo máximo en el que el licitador se compromete a aportar, en caso de resultar adjudicatario, la certificación acreditativa de que el sistema de gestión implantado es conforme a las exigencias de la norma UNE-EN ISO 9001:2015.*

- *Plan de Implantación de un Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo específico para Servicio Municipal de Abastecimiento de Agua Potable y Saneamiento de Andorra, señalando el plazo máximo en que el licitador se compromete a aportar, en caso de resultar adjudicatario, la certificación acreditativa de que el sistema de gestión implantado es conforme a las exigencias de la norma ISO 45001:2018.*

- *Plan de Implantación de un Sistema de Gestión Energética, señalando el plazo máximo en el que el licitador se compromete a aportar, en caso de resultar adjudicatario, la certificación acreditativa de que el sistema de gestión implantado es conforme a las exigencias de la norma UNE-EN ISO 50001:2018”.*

Además, como se ha señalado, la cláusula 34 del PCAP determina como obligación del concesionario que resulte adjudicatario la obtención de las anteriores certificaciones, otorgando para ello un plazo máximo de 18 meses.

Tal y como se recoge en la Resolución nº 130/2019 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, esta configuración de los criterios de valoración por referencia al plazo de implantación de los sistemas de gestión de la calidad, medio ambiente, energía y prevención de riesgos laborales, únicamente estaría permitido cuando se garantice que no supone ventaja competitiva de unos licitadores respecto a otros.

El órgano de contratación puede perseguir que se garantice la continuidad del servicio y la no paralización de los procedimientos, no obstante, contradeciría

los principios generales de la contratación, la definición como criterio de adjudicación de parámetros relativos al plazo de ejecución o implantación de determinadas prestaciones que suponga un trato discriminatorio.

Esto ocurriría cuando en el proceso de licitación concurre el adjudicatario actual, por ejemplo, el cual dispone de un tiempo de reacción mayor o de mejor posición de partida para la implantación de determinadas exigencias o partidas “siendo el actual adjudicatario del servicio el titular del software instalado en el Ayuntamiento, parece obvio que este no precisará plazo alguno para la puesta en marcha efectiva del servicio, entendiéndose por tal, según la cláusula 5 del PPT, el correcto funcionamiento del servicio, del software y de las conexiones necesarias para su funcionamiento. Es por ello que la ponderación de tal circunstancia como criterio de valoración automático con un máximo de 15 puntos (sobre un total de 100) otorga al actual contratista del servicio -que participa como licitador en el procedimiento- una ventaja sobre el resto de licitadores y supone, por tanto, una vulneración del principio de igualdad entre los licitadores, por lo que debe anularse”.

Así, se trata de una cuestión que invalidaría la cláusula 11 del pliego de condiciones administrativas (y por remisión y vinculación directa, también las cláusulas 15 y 34 del mismo) por contravenir la doctrina asentada de los tribunales administrativos de recursos, debiendo, entonces, ser reformulada sin referencia a plazo alguno de aplicación o implantación.»

Frente al motivo de recurso expuesto el órgano de contratación, en su informe, opone lo siguiente:

«La relación que hace el recurrente entre los plazos de implantación establecidos para poder certificar el servicio en materia de calidad, prevención de riesgos laborales, gestión medioambiental o energética, con la supuesta ventaja competitiva que ostentaría el actual prestatario del servicio no se

aprecia por el órgano de contratación puesto que en el actual servicio no hay instaurado ningún plan relativo a estas materias, ni se ejerce un control alguno por parte del Ayuntamiento de Andorra a la actual concesionaria.

Como ocurre en cualquier tipo de servicio, no solo análogo al de este contrato, sino a uno de mantenimiento de jardines, limpieza de edificios públicos, recogida de residuos o limpieza viaria, por citar algunos de ellos donde el servicio a realizar está íntimamente ligado con un emplazamiento o instalaciones concretas, la empresa que esté realizando el servicio en el momento de la licitación del mismo, tiene conocimiento del mismo a diferencia de un licitador nuevo por el simple hecho de llevar realizando el servicio durante en plazo establecido, pero nada tiene que ver esto con lo que indica el recurrente respecto del plazo de implantación de las certificaciones solicitadas por el pliego en materia de calidad, prevención de riesgos laborales, gestión medioambiental o energética, donde para su obtención en cada parte de forma individual, son necesarios el cumplimiento de múltiples parámetros que no se circunscriben de forma exclusiva a un posible software que pueda tener instalado el actual concesionario en el Ayuntamiento o ser conocido por el Ayuntamiento, de hecho el software instalado por la actual concesionaria no mide ningún tipo de aspecto o indicador relativo a la eficiencia energética del servicio, ni contempla aspectos relativos a la formación de los trabajadores, a protocolos de seguridad de ciertos trabajos peligrosos, ni a medición ni cuantificación de parámetros ambientales, ni al cálculo de la huella de carbono, como múltiples aspectos que serán evaluados por una empresa certificadora para poder llevar a término la certificación del servicio.

Por tanto, encontramos la alegación como injustificada y que por tanto no debe ser tomada en cuenta.»

Expuestos los términos del debate, este Tribunal administrativo no aprecia que los criterios impugnados, consistentes en mejoras, otorguen al actual

contratista del servicio -de participar como licitador en el procedimiento- una ventaja sobre el resto de licitadores y no supone, por tanto, una vulneración del principio de igualdad entre los licitadores. La recurrente no logra acreditar que exista una discriminación ni que los criterios se refieren a la implantación de unos sistemas de calidad de los que disponga el actual contratista, es más, el órgano de contratación afirma que en el actual servicio no hay instaurado ningún plan relativo a estas materias.

Al contrario que en la Resolución nº 130/2019 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, invocada por la recurrente en su escrito, donde el criterio impugnado valoraba el plazo de implantación de un elemento de la propia ejecución del contrato, lo cual si representaba una clara ventaja para el actual contratista, el presente caso no resulta asimilable al descrito, pues de hecho se trata de valorar una prestación adicional a las obligatorias del contrato.

SÉPTIMO.- En el siguiente motivo del recurso se impugna el valor estimado del contrato, aludiendo a la existencia de errores en la partida de costes de energía eléctrica y a que no se han calculado los costes en materia de control analítico, con arreglo a Real Decreto 3/2023, de 10 de enero, por el que se establecen los criterios técnico-sanitarios de la calidad del agua de consumo, su control y suministro.

Frente a ello el órgano de contratación señala lo siguiente:

«1.- No adaptación de los costes en materia de control analítico, al nuevo Real Decreto 3/2023, de 10 de enero, por el que se establecen los criterios técnico-sanitarios de la calidad del agua de consumo, su control y suministro.»

Al respecto de esta alegación, es cierto que como dice la recurrente, en el momento de la redacción del estudio de viabilidad de este servicio (Septiembre

del año 2022), la norma que establece los criterios de la calidad de agua era el Real Decreto 140/2003, de 7 de febrero, por el que se establecen los criterios de la calidad de agua de consumo humano, y del Programa de Vigilancia Sanitaria del Agua de Consumo Humano de la Comunidad Autónoma de Aragón, y que el mismo se tuvo en cuenta a la hora de estimar los posibles costes asociados por el control analítico del servicio.

Pero no es menos cierto que, por un lado, en el coste de este apartado, como en general en el coste tenido en cuenta en diferentes apartados del estudio de viabilidad, los costes previstos son superiores a los que resultaban de un cálculo específico y preciso de los mismos, siendo el coste previsto asumible para dar respuesta Real Decreto 3/2023, de 10 de enero, por el que se establecen los criterios técnico-sanitarios de la calidad del agua de consumo, su control y suministro.

Por otro lado, hemos de poner de manifiesto que los gastos relativos al control analítico (12.120,76€ anuales) no dejan de ser meramente testimoniales respecto del coste total del servicio, y que como puede verse en el apartado 6.2.4 del estudio de viabilidad publicado, ascienden a la cantidad de 684.484,31€, es decir, que los costes de control analítico del servicio son del 1,77% del valor del contrato.

Podemos indicar igualmente que en apartados de mayor peso como son los gastos de personal, que ostentan un peso específico del 30,33% del total del coste, como de las previsiones que se hicieron de gasto energético y que significan un coste variable del 16,09%, en sus valoraciones se han tenido en cuenta mayores costes de lo que los licitadores tendrán que hacer frente desde el primer día del contrato.

El órgano de contratación pretende establecer un orden de magnitud suficiente como para realizar un servicio de forma idónea y no trata de realizar un cálculo

milimétrico de los costes sin dar lugar a cierta flexibilidad que se considera adecuada.

Concluimos que no solo no es necesaria su actualización como solicita el recurrente, sino que con la partida incluida en el estudio de viabilidad es viable la ejecución del mismo, en mayor medida con el conjunto de costes tenidos en cuenta en la totalidad del servicio y con la ampliación de la partida en los siguientes años según se recoge en la proyección económica del apartado 7.5 del estudio de viabilidad, aumentando dicho importe hasta los 15.284€ al final del contrato.

Por tanto, encontramos la alegación como injustificada y que por tanto no debe ser tenida en cuenta.

2.- Incongruencia en la partida de costes de energía eléctrica:

El recurrente a partir de la redacción de esta alegación denota o desconocimiento del histórico en la evolución del precio de la energía entre los años 2019 y la actualidad o, como ocurre en la mayoría de alegaciones realizadas hasta el momento, intenta de forma no acertada e incluso de mala fe pretendiendo poner de manifiesto presuntos errores e incongruencias donde no ha lugar como está quedando de manifiesto hasta el momento.

El estudio de viabilidad aprobado por el Ayuntamiento de Andorra, recoge los datos que en los años 2019 a 2021 se tenían del servicio. Dado que en el año 2020 tuvo un fuerte impacto la pandemia por la COVID 19 y que en el año 2021 no llegó a regularse el mercado, se tomó la decisión de considerar los datos energéticos del año 2019 como último año cuyos datos reflejaban la realidad energética del servicio de la forma más fidedigna, y conforme a dichos datos, se realizó la previsión del coste energético en los términos de coste de energía

fijo y variable tal y como se recogen en las páginas 70 a 71 del estudio de viabilidad para el año base.

Dado que en la fecha de redacción del estudio de viabilidad, año 2022, la energía sufrió un alza de precios de un 250% respecto a los precios del año 2019, para el año 1 del contrato, se estimaron los coste de energía proporcionados por la página MEFF (Mercado Oficial de Opciones Y Futuros Financieros en España), mercado oficial, regulado y supervisado por la CNMV y el Ministerio de Economía de España, en el que se negocian contratos de opciones y futuros sobre una variedad de activos subyacentes (bono nacionales, acciones, índices bursátiles, etc.) y que sirve de referencia para la obtención de los precios de la energía a un plazo futuro de días, semanas, meses, trimestres o años.

De dicha información se estimaron los costes de energía para el año 1, primer año de la licitación y estimado para el año 2023 a tenor de los plazos previstos para la licitación, adjudicación y formalización del contrato) y donde, como puede comprobarse en la actualidad y haciendo buenas las previsiones del MEFF, los costes energéticos para el año 1 bajaban respecto de los precios del año 2022 y tenidos en cuenta para el año base, de ahí que existan de forma razonable una diferencia entre los costes de la energía entre el año base y el año 1 del contrato.

Es más, dado que el precio del coste de la energía tenido en cuenta en el año base, recoge unos precios de la energía muy altos, redundando en que el coste del servicio se vea incrementado de inicio en favor de las empresas licitadoras, pudiendo obtener cierto margen de beneficio con respecto a los costes actuales de la energía.

Por otra parte y para dar respuesta a la segunda parte de la alegación formulada por la recurrente, hay que indicar que el recurrente transcribe la

siguiente cuestión formulada por un licitador: “Buenos días ¿Pueden facilitar los consumos eléctricos en las diferentes infraestructuras del servicio divididos por períodos? Gracias. Saludos”, pero no adjunta otras cuestiones previas en el mismo sentido como son “Buenos días, Una vez examinada la documentación expuesta en el perfil del contratante, les solicitamos la siguiente información: 1. Facturas eléctricas de todos los puntos de suministro de la concesión de los años 2021 y 2022. 2. TC2 de los trabajadores. 3. Consumos de los últimos dos años de los reactivos de proceso (Hipoclorito sódico, salmuera y CO2). Gracias”, o “Buenas, ¿Podrían facilitar los consumos anuales de al menos los años 2021 y 2022 de los reactivos que actualmente se están dosificando en el servicio? Gracias”.

Todas ellas fueron respondidas de la misma manera, constando en el expediente los requerimientos de información remitidos a la actual concesionaria del servicio y que no han sido atendidos a fecha de la realización de las presentes alegaciones: “Buenas tardes, los datos solicitados no están disponibles en su totalidad en este Ayuntamiento, se ha procedido a solicitarse al concesionario actual, de tal forma que se harán públicos exclusivamente en caso de recibir la información a tiempo. No obstante tanto en el estudio de viabilidad como de la experiencia de los licitadores, pueden llegar a estimarse con proximidad los gastos previstos de la documentación solicitada. Un saludo”.

Dicha respuesta motivada por la no disposición de los datos actualizados de las facturas eléctricas en el año 2022, tal y como solicitó un licitador el día 03.05.2023, dado que como se ha explicado anteriormente, los datos para realizar el estudio de viabilidad en el año 2022 se fundamentaron en las facturas disponibles en el Ayuntamiento para los años 2019 a 2021. Las facturas eléctricas se han solicitado a la actual concesionaria del servicio y se tomó la decisión de dar respuesta a todas estas cuestiones cuando se

obtuvieran las facturas del año 2022, y en caso de no obtener las mismas por no ser recabadas a tiempo, se indicó en todas las respuestas que el hecho de no tener dicha información no sería determinante para la hora de realizar la presentación de la oferta técnica y económica del servicio dado que como tal, tanto en el estudio de viabilidad como de la experiencia de los licitadores en otros servicios, es fácilmente deducible los datos necesarios para realizar correctamente sus estudios económicos.

Por último, hay una tercera parte dentro de esta alegación relativa a la revisión de precios de la energía, donde el recurrente reitera una interpretación del estudio de viabilidad a su conveniencia y muy distante de la realidad indicada en la documentación, dado que la hipótesis tenida en cuenta para todos los años del contrato en cuanto a los costes de la energía en el estudio de viabilidad es correcta a tenor de los datos disponibles en el momento de la redacción del estudio y que a día de hoy coinciden con exactitud a la realidad actual en el año 2023, dado que partimos de unos costes de energía en el año base extraordinariamente altos (año 2022) y que como tal se regulan a partir del año 1 hasta el final del contrato, basta ver la evolución de los precios desde el año 2022 hasta ahora y las previsiones dadas por el MEFF para los siguientes años.»

La resolución del presente debate exige partir, de la doctrina sentada por este Tribunal sobre la naturaleza de las magnitudes económicas del contrato –como es el valor estimado–, como criterio técnico al que le resulta de aplicación la doctrina de la discrecionalidad técnica (por todos, cabe citar el Acuerdo 100/2019, de 26 de julio). De esta manera, a la vista de los argumentos técnicos recogidos en el informe sobre el recurso transcrito más arriba y de la insuficiente actividad probatoria de la recurrente dirigida a acreditar la supuesta incorrección en la determinación, pues se limita a afirmar la misma sin aportar estudio o justificación alguna que rebata los datos que han servido de base

para la estimación del valor estimado, no cabe sino concluir que no se ha acreditado la existencia de arbitrariedad ni falta de motivación, por lo que no puede entenderse destruida la presunción de acierto existente a favor del órgano de contratación para la fijación del valor estimado del contrato, si bien dado que el propio órgano reconoce que con posterioridad a la aprobación del mismo entró en vigor una nueva norma que rige su cálculo, aunque ello no tuviera consecuencias en cuanto a la suficiencia de la estimación total del valor, en la nueva licitación que se tramite, deberán estar a ésta.

OCTAVO.- En el siguiente motivo del recurso 54/2023, la recurrente plantea una cuestión ajena a la competencia de este Tribunal, como es la de la conformidad a Derecho de una ordenanza municipal o la de la posible vulneración de la Directiva Marco del Agua, por lo que no procede su valoración, dado que se trata de una controversia que excede del ámbito del recurso especial, tal y como se ha señalado en otros acuerdos de este Tribunal como el 59/2018, de 11 de julio y el 14/2021, de 12 de febrero y que no puede resolverse con la aplicación de la normativa en materia de contratación pública.

NOVENO.- También se impugna en el recurso 54/2023 uno de los criterios de adjudicación sujetos a fórmula. En el escrito de recurso se argumenta de la siguiente forma:

«La cláusula 11.A establece como uno de los criterios de adjudicación valorables mediante fórmula matemática, el compromiso de inversión anual de renovación y mejoras a cargo del adjudicatario.

De conformidad con lo establecido en el artículo 145.7 de la LCSP esas inversiones plasmadas en el apartado I de la cláusula 11.A deben ser consideradas como “mejoras”, en tanto en cuanto se ajustan a la definición contenida en dicho precepto “Se entiende por mejoras, a estos efectos, las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el

pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato”.

En este sentido, hay que recalcar que el PCAP ya prevé en la cláusula 39 unas inversiones para la mejora del servicio, obligatorias para el adjudicatario y que aparecen definidas en las memorias valoradas 1, 2 y 3 publicadas en el perfil del contratante; pero no ocurre lo mismo con la denominada “inversión de mantenimiento y mejora”, la cual no se define y se deja al libre criterio del licitador efectuar propuesta o no sobre ese concepto. Por lo que ésta, a proponer por el licitador, sólo puede entenderse como una mejora.

Por ello, y como determina el mismo artículo 145 al ser establecidas como criterios de adjudicación “deberán estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato”.

Pero la verdad es que no consta la existencia de ninguna justificación de los límites, modalidades y características de las mismas; el PCAP no deja ninguna definición ni limita el volumen a ejecutar, debiendo, por lo tanto, proceder a aclarar este extremo.»

Por su parte el órgano de contratación señala a este respecto lo siguiente:

«El primero de los criterios de valoración objetivos de la cláusula 11. A. establece un importe para inversiones anuales de renovación y mejora en el servicio, muy habitual en este tipo de servicios y mayoría de contratos análogos.

El recurrente argumenta que las inversiones son consideradas como “mejoras”, y a partir de ahí remite al artículo 145.7 de la LCSP, indicando que “deberán

estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato”. La cuestión fundamental radica en que las inversiones anuales de renovación y mejora del servicio no son “mejoras” sino inversiones para mejorar el servicio, es decir, son actuaciones necesarias a realizar, no siendo una mejora que sería potestativo plantear.

Dentro de las inversiones de renovación de redes, están las que de forma inicial son sabidas y valoradas por el Ayuntamiento y que como tal son recogidas en el estudio de viabilidad, pero hay muchas otras inversiones que sin estar claramente definidas en el momento de la redacción del estudio de viabilidad, la realización de las mismas conllevan una mejora del rendimiento hidráulico de las redes de abastecimiento y saneamiento, y por tanto, en caso de obtener una cuantía de inversión superior a las mínimas establecidas en el estudio de viabilidad, dichas inversiones tendrán que ser definidas una vez comience el contrato a partir de sus correspondientes proyectos de construcción, por tanto, es correcta la elección del criterio de valoración indicado, tiene sentido con el objeto del contrato y no tienen porqué estar definidas ni concretadas su alcance en fase de licitación del contrato, dejando dicha definición para una etapa posterior a partir del importe facilitado en este criterio por el nuevo concesionario y por las necesidades que requiera el servicio en cada momento.

Resulta importante señalar que aun no estando definida con detalle la actuación a realizar dentro del marco de las inversiones de renovación, sí se prevé en el pliego de prescripciones técnicas (PPT), que se realizarán proyectos cuya valoración se efectuará mediante la base de datos de precios Centro (de tal modo que todos los licitadores conocen cuál va a ser los precios

que se utilizarán en la definición de las inversiones a realizar) y serán aprobados por el Ayuntamiento.»

Expuestos los argumentos de las partes, es preciso analizar el concreto tenor del criterio impugnado:

«1. Inversiones anuales de renovación y mejora en el Servicio: hasta 30 puntos.

Se valorará con 30 puntos al licitador que en su oferta comprometa el mayor importe anual para ejecutar a su cargo inversiones de renovación y mejora en el Servicio de Abastecimiento de Agua Potable y Saneamiento de Andorra.

Se valorará con cero (0) puntos a los licitadores que no oferten ningún importe anual para inversiones de renovación y mejora.

*El resto de las ofertas se valorarán según la siguiente fórmula:
 $P(I_i) = 30 \times (1 - (I_{máx} - I_i) / (I_{máx} - I_m))$ ».*

A la vista de la configuración del criterio, asiste la razón a la recurrente y no al órgano de contratación puesto que se trata de una mejora, donde se valoran prestaciones adicionales a las obligatorias de inversión configuradas en la cláusula 39 del PCAP-*«(e)I concesionario queda obligado a realizar, como máximo en los tres (3) primeros años de contrato, las inversiones iniciales para la mejora del Servicio indicadas en el Estudio de Viabilidad Económico-Financiera del Servicio de Abastecimiento de Agua Potable y Saneamiento del municipio de Andorra, que forma parte de la documentación de este expediente de contratación, por un importe total de 199.606,04 € (IVA no incluido)»-.*

Pues bien, sobre los requisitos que el artículo 145.7 de la LSCP establece para las citadas mejoras, la necesaria especificación y concreción así como los

límites a las mismas, este Tribunal se ha pronunciado en los siguientes términos, en el Acuerdo 140/2019, de 2 de diciembre:

«Sin embargo, según pone de manifiesto la recurrente, las mejoras impugnadas no tienen fijado un umbral máximo de exigencia, por lo que es necesario determinar si ello constituye una falta de la exigible, por imperativo legal, concreción y especificación de las mismas y determinar si las consecuencias de tal ausencia son, tal y como reclama la actora que estemos ante unos criterios discriminatorios que no garantizan la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva, con vulneración de los principios de igualdad y transparencia.

Así, efectivamente la falta de concreción del número máximo de actuaciones/horas objeto de las mejoras en cuestión, da lugar a que los licitadores puedan ofrecer mejoras muy elevadas, incluso de manera desmedida, aun siendo conocedores de que serán de imposible cumplimiento, y ello con los solos efectos de obtener la máxima puntuación, con la consiguiente alteración de la distribución de la puntuación entre las restantes licitadoras y el grave perjuicio para aquéllas que realicen una oferta coherente y, por tanto, ajustada a la realidad. (..)

En relación a esta cuestión de la falta de límites en este tipo de criterios de adjudicación, en nuestro Acuerdo 108/2018, de 9 de noviembre, viene a recopilarse doctrina sentada a este respecto por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) en los siguientes términos:

«Así en la Resolución nº 841/2014, de 7 de noviembre, se decía:

“Debemos concluir por tanto que los parámetros objetivos en función de los cuales se aprecia la presunción de ofertas con valores anormales o

desproporcionados se han determinado en el cuadro anexo del PCAP con referencia exclusiva a las ofertas económicas y que, con tales parámetros, ninguna de las presentadas incurra en tal presunción en relación a las mejoras.

Por otro lado, el PCAP ha considerado unos criterios de valoración de las mejoras (número de horas complementarias) que no toman en cuenta su valoración económica y su realización efectiva (la de la mejora) depende única y exclusivamente de la voluntad del propio órgano de contratación que, llegado el momento, podrá decidir si exige o no al contratista adjudicatario la realización de las horas anuales sin coste para servicios extraordinarios, hasta el límite ofertado.

Como indicábamos en una resolución anterior (Resolución 499/2013, de 6 de noviembre), esta circunstancia permitiría fácilmente atentar contra el principio de igualdad y libre concurrencia si previamente existiera un acuerdo entre el órgano de contratación y alguno de los licitadores en el sentido de no exigir la prestación de las citadas horas...

Para evitarlo, bastaría con que el PCAP hubiera establecido un límite máximo en el número de horas sin coste que pudieran ofrecer los licitadores..."

También resulta trasladable al caso que nos ocupa la Resolución nº 224/2011, de 14 de septiembre del mismo TACRC en la que se señalaba:

"Como puede apreciarse en la documentación del expediente de contratación, el pliego no establece límite superior alguno a las ofertas que puedan presentar los licitadores lo cual, a juicio de este Tribunal, está en el origen del conflicto ahora planteado. La asignación de la puntuación máxima a la mejor oferta no origina ningún problema, pero el resultado de aplicar las fórmulas que se establecen para calcular las puntuaciones de las distintas proposiciones a partir

de la que obtenga la puntuación máxima se va desvirtuando a medida que se presentan proposiciones con valores más elevados, “desproporcionados” en muchos casos en relación con las necesidades “razonables” del museo. Cualquier valor de un parámetro, superior al que resulte necesario, no representa mejora alguna sobre otro inferior pero que cubra perfectamente las necesidades en la materia”.

Asimismo en la Resolución nº 153/2015 de 13 de febrero del TACRC, citada por la recurrente en su escrito de recurso se dice que:

“En la Resolución de un recurso interpuesto también por XXX, aunque entonces manteniendo justamente los argumentos contrarios a los que aduce ahora, (Resolución nº 841/2014, de 7 de noviembre, con referencia a otras de este Tribunal), ya indicábamos que, al valorar la bolsa de horas según el número de las ofertadas sin tomar en cuenta su valoración económica, puede suceder que en el pliego los esfuerzos económicos de la oferta y de las horas adicionales no estuviesen correctamente proporcionados con la ponderación otorgada a cada uno de los criterios.

En la Resolución indicada también nos referíamos al hecho de que si, además de esa falta de “balance”, la realización efectiva de las horas complementarias depende única y exclusivamente de la voluntad del propio órgano de contratación que, llegado el momento, podrá decidir si exige o no al contratista adjudicatario la realización de las horas anuales sin coste para servicios extraordinarios, hasta el límite ofertado, “esta circunstancia permitiría fácilmente atentar contra el principio de igualdad y libre concurrencia si previamente existiera un acuerdo entre el órgano de contratación y alguno de los licitadores en el sentido de no exigir la prestación de las citadas horas... Para evitarlo, bastaría con que el PCAP hubiera establecido un límite máximo en el número de horas sin coste que pudieran ofrecer los licitadores...”.

Finalmente, en la Resolución nº 612/2015, de 6 de julio del mismo Tribunal Administrativo se decía que:

“En particular, por lo que se refiere a la concreción exigible a los pliegos de contratación, la doctrina de este Tribunal, ha sido recientemente resumida en resolución nº 575/2014, que al efecto ha señalado: “Los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos queden fijados con el necesario nivel de concreción en los pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de la mesa de contratación. Así, en la Resolución nº 301/2011, de 7 de diciembre de 2011, se ponía ya de manifiesto que la previa concreción de los criterios de adjudicación es un requisito esencial, pues como recuerda la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores”. De lo anterior se deduce que el grado de concreción exigible a los pliegos es aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta discrecionalidad a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador, sino que esa discrecionalidad ha de basarse en todo caso en juicios técnicos previamente explicados en los pliegos, lo que permitirá, por un lado, que los licitadores efectúen sus ofertas de forma cabal, garantizando el principio de

transparencia e igualdad de trato y, por otro lado, que sea posible revisar la solución alcanzada por el órgano de contratación, no dejando a su absoluto arbitrio la aplicación de tales criterios. De acuerdo con lo expuesto, en el caso ahora analizado, al no fijarse un número máximo de horas en el PCAP, se hace prácticamente imposible para el licitador, ante tal indeterminación, conocer la valoración que va a tener su oferta de número de horas adicionales, lo que genera inseguridad e impide que se cumplan los criterios expuestos sobre el grado de concreción que ha de cumplir la mejora para que pueda ser utilizada válidamente en los PCAP como criterio de adjudicación, por lo que debe estimarse el recurso en este punto; tal y como es criterio reiterado de este Tribunal, plasmado entre otras en Resolución 841/2014, de 7 de noviembre de 2014, cuando señala: “Como indicábamos en una resolución anterior (Resolución 499/2013, de 6 de noviembre), “esta circunstancia permitiría fácilmente atentar contra el principio de igualdad y libre concurrencia si previamente existiera un acuerdo entre el órgano de contratación y alguno de los licitadores en el sentido de no exigir la prestación de las citadas horas... Para evitarlo, bastaría con que el PCAP hubiera establecido un límite máximo en el número de horas sin coste que pudieran ofrecer los licitadores...”. Como se recordaba en esa Resolución, este Tribunal ya se ha pronunciado sobre la conveniencia de que los pliegos establezcan márgenes de referencia dentro de los cuales deban situarse los valores de las mejoras”. La alegación, por tanto, debe ser acogida”».

Por último, cabe también aludir a otra Resolución del mencionado Tribunal posterior a las citadas en el Acuerdo recién extractado; en concreto, la nº 861/2019, de 25 de julio, en la que se afirma:

«Pues bien, en el presente caso la cuestión a resolver es precisamente la de decidir si nos encontramos ante un supuesto de nulidad radical que permitiera la anulación de la adjudicación teniendo en cuenta que la oferta presentada por

la adjudicataria de cinco millones de euros para solventar o subsanar los defectos que pudieran detectarse tras la revisión de un organismo de control como la OCA, que no deja de ser una prestación accesoria respecto de las principales del contrato, puede considerarse una oferta real y cumplible o, por el contrario, debe entenderse que se trata más bien de una oferta imposible presentada con el único objeto de acaparar los 20 puntos asignados a este criterio de adjudicación e imposibilitar al mismo tiempo la obtención de ningún punto por los restantes licitadores que han ofertado un número de horas muy inferior (10.200, 20.000 y 4.000 euros respectivamente), siendo asimismo también la bolsa ofertada por este concepto diez veces superior a la ofertada por la propia adjudicataria para la prestación principal de mantenimiento. Y a este respecto creemos que hay pocas dudas en cuanto a la imposibilidad total de que el importe de la bolsa ofertado por la subsanación de las posibles deficiencias detectadas tras la inspección pueda nunca ser realmente empleado ni exigido por la Administración, encontrándonos por tanto ante un evidente fraude de ley con el que, al amparo de una norma o cláusula contractual, se persigue un fin claramente contrario al ordenamiento jurídico que, en el caso de los contratos públicos, es siempre la selección de la oferta económicamente más ventajosa para la Administración (art. 1.1 Ley 9/2017 CSP). Entendemos por ello que, al ser la oferta presentada en este aspecto un acto fraudulento e imposible de cumplir, la aceptación por la Administración de la oferta presentada y la consiguiente adjudicación del contrato, implica un supuesto de nulidad de pleno derecho encuadrable dentro del art. 47,1 c) de la Ley 39/2015 como acto de "contenido imposible", e incurso en causa de nulidad de Derecho Civil en cuanto servicio imposible que no puede ser objeto de contrato (artículo 1.262 del CC en relación con el artículo 43 de la LCSP), ni por ello aceptada dicha oferta, que debe determinar su anulación con independencia de que el Pliego no haya sido previamente impugnado, pues la imposibilidad de cumplimiento de la oferta debe determinar por sí sola la anulación de la adjudicación efectuada. Pero es que, además, entendemos

también que, al venir determinada la resolución de adjudicación del contrato por la dicción literal de la cláusula controvertida, se debe considerar dicha cláusula nula de pleno derecho al propiciar con su falta de topes máximos de saciedad, que puedan presentarse, como así ha ocurrido en el supuesto analizado, ofertas desmesuradas e imposibles que desvirtúen por completo los fines perseguidos por la contratación pública, en especial el de selección de la oferta económicamente más beneficiosa para la Administración, lo que conlleva la anulación de dicha cláusula y de todo el procedimiento de contratación.»

Dado que las resoluciones citadas se refieren a supuestos prácticamente iguales en características y efectos al analizado aquí, resulta trasladable su solución al presente recurso, en tanto en cuanto este Tribunal participa del parecer expuesto en dicha doctrina y considera que la falta de determinación de un límite máximo en las mejoras en las condiciones en que están definidas en el PCAP, conculca los principios de igualdad de trato, libre concurrencia y de transparencia (artículos 1 y 132 de la LCSP), de manera que tal y como señalamos en nuestro Acuerdo 108/2018 antes citado, ello «desvirtúa las valoraciones a medida que se presentan proposiciones con valores más elevados, “desproporcionados” en muchos casos en relación con las necesidades “razonables” del servicio que se contrata y ello porque cualquier valor de un parámetro, superior al que resulte necesario, no representa mejora alguna sobre otro inferior pero que cubra perfectamente las necesidades a cubrir, por lo que se conculca la verdadera naturaleza de los criterios de adjudicación» e impide la selección de la mejor oferta a partir de la relación calidad-precio en el sentido legal regulado ex artículo 145.1 de la LCSP; de ahí que se aprecie la concurrencia de un vicio de anulabilidad en las cláusulas impugnadas y haya de estimarse el recurso, procediendo la anulación de las mismas y, con ello, de todo el procedimiento de contratación.»

Pues bien, a la vista de la doctrina expuesta, a juicio de este Tribunal administrativo el criterio impugnado tal y como está configurado en el PCAP, adolece de la necesaria concreción y especificación y como en los casos analizados en el acuerdo recién transcrito, la falta de determinación de un límite máximo en la mejora, conculca los principios de igualdad de trato, libre concurrencia y de transparencia (artículos 1 y 132 de la LCSP), por lo que resultaría contrario a Derecho.

DÉCIMO.- En el siguiente motivo del recurso 54/2023 se denuncia lo siguiente:

«2.- Contradicción respecto al plazo de carencia previsto para la revisión de las tarifas

La cláusula 36 del pliego administrativo se encarga de definir la retribución que recibirá el concesionario por el servicio objeto de la concesión: “Estas tarifas se revisarán anualmente en las condiciones establecidas en el Estudio de Viabilidad Económico-Financiera que forma parte de la documentación de este expediente de contratación. Asimismo, dichas tarifas se revisarán de forma periódica a partir del tercer año de la concesión de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, sobre la revisión periódica de precios en los contratos del sector público, y conforme al procedimiento establecido en el presente Pliego”.

Por su parte, la cláusula 37 se dedica a regular la revisión de las tarifas del servicio indicando “En consecuencia, la revisión periódica y predeterminada de las tarifas tendrá lugar de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 9 del Real Decreto 55/2017: una vez transcurridos dos años desde la formalización del contrato, sin que sea necesario haber ejecutado el 20% de su importe, según lo establecido en el apartado 3 de dicho artículo para los contratos de gestión de servicios públicos”.

Entre ambas cláusulas, se ha advertido una pequeña incongruencia en la regulación del plazo de carencia establecido para llevar a cabo la revisión de las tarifas, pues mientras la cláusula 36 del pliego de condiciones administrativas parece determinar un plazo de 3 años, la cláusula 37 señala un período de 2 años.

Puesto que se trata de un dato relevante a tener en cuenta para el cálculo de la oferta a formular por los licitadores, debe encontrarse claramente establecido, debiendo el Ayuntamiento de Andorra aclarar si la revisión predeterminada y periódica se produce a partir del tercer año (es decir, a aplicar en el año 4 de concesión), o a partir del segundo año (es decir, a aplicar en el tercer año de concesión).»

En el informe del órgano de contratación por su parte se opone lo siguiente:

«2.- Contradicción respecto al plazo de carencia previsto para la revisión de las tarifas

La recurrente vuelve a hacer una interpretación como mínimo errónea a la hora de redactar esta alegación, dado que no se atisba ningún tipo de contradicción entre las siguientes afirmaciones resultantes de la documentación contractual, concretamente se citan las afirmaciones:

-“Estas tarifas se revisarán anualmente en las condiciones establecidas en el Estudio de Viabilidad Económico-Financiera que forma parte de la documentación de este expediente de contratación. Asimismo, dichas tarifas se revisarán de forma periódica a partir del tercer año de la concesión de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, sobre la revisión periódica de precios en los contratos del sector público, y conforme al procedimiento establecido en el presente Pliego”.

Tal y como se establece en el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, la revisión de precios se realizará pasados los dos primeros años del contrato, es decir, a partir del comienzo del tercer año, y no pasados los tres primeros años como interpreta el recurrente.

“En consecuencia, la revisión periódica y predeterminada de las tarifas tendrá lugar de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 9 del Real Decreto 55/2017: una vez transcurridos dos años desde la formalización del contrato, sin que sea necesario haber ejecutado el 20% de su importe, según lo establecido en el apartado 3 de dicho artículo para los contratos de gestión de servicios públicos”.

Tal y como se establece en el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, la revisión de precios se realizará pasados los dos primeros años del contrato.

No aprecia este órgano de contratación ningún tipo de incongruencia en la documentación indicada en los pliegos y/o estudio de viabilidad, haciendo constar que existe o una mala interpretación del recurrente o una mala fe manifiesta en las alegaciones realizadas hasta el momento.»

Tampoco este Tribunal considera la existencia de la contradicción denunciada por la recurrente y en todo caso, de existir sería salvada por aplicación de la norma reglamentaria señalada por el órgano de contratación que establece el plazo en cuestión, por lo que ninguna irregularidad invalidante cabe apreciar en las cláusulas referidas.

UNDÉCIMO.- El último motivo del recurso 54/2023 versa sobre una materia que no es de la competencia de este Tribunal, como ha ocurrido en el Fundamento de Derecho séptimo, debido a que se denuncia la existencia de un informe desfavorable del Instituto Aragonés del Agua sobre los precios y tarifas a aplicar en el contrato y la necesidad de emitir una justificación en aplicación

de lo dispuesto en el Decreto 400/2011, de 21 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se regula el procedimiento a seguir en relación con los precios de los servicios públicos municipales que deben ser objeto de la intervención por parte de la Comunidad Autónoma de Aragón, lo cual es una normativa ajena a la contratación pública, por lo que no cabe que este Tribunal se pronuncie sobre ello.

DUODÉCIMO.- En el recurso 55/2023 se impugna el mismo criterio de adjudicación analizado en el motivo octavo de este acuerdo, el cual ha sido considerado disconforme a Derecho y anulado, por lo que resulta innecesario pronunciarse, pues de llevarse a cabo una nueva licitación no podrá configurarse de la misma forma.

También impugna los otros tres criterios de adjudicación siguientes recogidos en la misma cláusula 11:

«2. Plazo de ejecución de las Inversiones Iniciales Obligatorias: hasta 10 puntos.

Se valorará con diez (10) puntos a aquellos licitadores que se comprometan a ejecutar las inversiones iniciales obligatorias para la mejora del Servicio indicadas en el Estudio de Viabilidad Económico-Financiera del Servicio de Abastecimiento de Agua Potable y Saneamiento del municipio de Andorra, que forma parte de la documentación de este expediente de contratación, en el plazo de un (1) año a partir del inicio de la prestación del servicio objeto del contrato regulado en el presente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

A los licitadores que ofrezcan un plazo de ejecución de tres (3) años a partir del inicio de la prestación del servicio se les asignarán cero (0) puntos, y a los

licitadores que ofrezcan un plazo de ejecución de dos (2) años a partir del inicio de la prestación del servicio se les asignarán cinco (5) puntos.

3. Fondo Social: hasta 5 puntos.

Se valorará con cinco (5) puntos al licitador que en su oferta comprometa el mayor porcentaje sobre el importe total facturado por el concesionario en cada ejercicio destinado a la partida de Fondo Social, como ayuda para aquellos abonados que se encuentren en situación de precariedad económica y, de forma puntual, no puedan hacer frente al pago de los recibos emitidos por su uso del Servicio.

El número que preceda al símbolo % en la oferta podrá ser entero o decimal, en cuyo caso la parte decimal no podrá exceder de un (1) decimal.

Se valorará con cero (0) puntos a los licitadores que oferten el porcentaje mínimo, que corresponde al 0,5% sobre el importe facturado en cada ejercicio, o un porcentaje inferior al mínimo.

El resto de las ofertas se valorarán según la siguiente fórmula:
$$P(FSi)=5 \times (FSi - 0,5\%)$$

Donde:

P(FSi): Puntuación de la proposición económica "i".

FSi: Porcentaje (%) ofertado en la proposición económica "i" destinado a la partida de Fondo Social.

4. Acciones formativas: hasta 5 puntos.

Con el objetivo de garantizar la formación continua de los trabajadores, con la consiguiente actualización de los conocimientos del personal a lo largo del

periodo de ejecución del contrato, se valorará a los licitadores que acrediten, para la prestación de los servicios objeto del contrato regulado en el presente Pliego, el compromiso de ejecución de un Plan de Formación dirigido al personal adscrito, el cual alcanzará a toda la plantilla que componga el Servicio, garantizando un mínimo de 10 horas anuales por persona.

Se otorgará la máxima puntuación a aquel licitador que ofrezca una bolsa de formación, adicional a las horas mínimas indicadas anteriormente, de 100 horas anuales para la totalidad de los trabajadores del servicio, cero (0) puntos a los que no adscriban ninguna hora adicional a las mínimas indicadas anteriormente, y al resto se les valorará de manera proporcional de acuerdo con la expresión: $P_i=5 \times H_o / 100$

Donde:

P_i: Puntuación de la proposición económica “i”.

H_o: Bolsa de horas anuales ofertada por el licitador para la totalidad de los trabajadores, adicionales al mínimo de 10 horas anuales por persona establecidas, con número entero.»

El escrito de recurso se fundamenta de la siguiente manera:

«A su vez, el resto de criterios evaluables automáticamente: “Plazo de ejecución de las Inversiones Iniciales Obligatorias” (Cláusula 11, A, 2), “Fondo Social” (Cláusula 11, A, 3), “Acciones Formativas” (Cláusula 11, A, 4) “Adscripción de vehículos medioambientalmente eficientes” Cláusula 11, A, 5), permiten obtener la puntuación máxima ofertando ejecutar las inversiones iniciales en 1 año, un fondo social del 1,50%, un total de 100 horas de acciones formativas y ofertando la adscripción de 3 o más vehículos “cero emisiones” o “eco”.

En efecto, en estos casos se identifica con claridad cual es la oferta que permite obtener la máxima puntuación posible.

En otras palabras, la citada Cláusula 11, respecto a todos los criterios indicados, impone límites en la oferta económica del licitador con clara infracción del 145.2 de la LCSP»

Asimismo, considera la recurrente que en los citados criterios se han fijado umbrales de saciedad.

Frente a ello el órgano de contratación manifiesta lo siguiente:

«La cláusula 11 del PCAP justifica la fórmula seleccionada, que limita el tope de puntos a asignar una vez superada la rebaja indicada en el PCAP, con el objetivo de asegurar la máxima calidad del servicio:

“Debido a que el Ayuntamiento de Andorra está interesado en que el adjudicatario del contrato de concesión regido por el presente Pliego de Cláusulas Administrativas alcance unos estándares de calidad óptimos en la prestación del servicio objeto de contratación, se considera que la fórmula anterior es adecuada de cara a desincentivar que algún o algunos licitadores presenten en sus Ofertas propuestas económicas asociadas a este criterio alejadas de la realidad actual del Servicio de Abastecimiento de Agua Potable y Saneamiento del municipio de Andorra, fruto de estudios de costes e ingresos imprecisos y poco rigurosos, ya que, de ocurrir así, se podría poner en riesgo la correcta gestión de un servicio esencial para la población.”

Precisamente al respecto de esta cuestión el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución n.º 183/2021 en un supuesto similar al objeto de este recurso en el que a juicio del recurrente se sostenía que “las fórmulas que utiliza el órgano de contratación para determinar la puntuación en el pliego, para el caso de que la baja máxima sea superior al 10%, resultan

contrarias a lo dispuesto en el artículo 145 de la LCSP, pues no están encaminadas a detectar la mejor relación calidad-precio, y ello en la medida en que la fórmula empleada, para el referido caso de que la baja máxima sea superior al 10%, no establece diferencias de valoración proporcionales a los precios ofertados.

(...) Advertimos así como, tal y como pone de relieve el recurrente, se ha optado de manera expresa por una fórmula que limita la puntuación asignada a las ofertas cuya baja sea superior al 10%, justificándose tal proceder en la necesidad de asegurar una correcta prestación de los servicios, evitando bajas que afecten a la calidad en el servicio.”

Continúa la citada Resolución n.º 183/2021 del TARC (el subrayado y las negritas son nuestras):

“Habremos de atender por tanto a la doctrina de este Tribunal relativa a la posibilidad de establecer el denominado índice o umbral de saciedad en las fórmulas de valoración de la oferta económica. Al respecto, cabe citar lo que indicábamos en nuestra Resolución nº 600/2020:

La fórmula en cuestión lo que contiene es un índice de saciedad. Respecto del denominado índice o umbral de saciedad, que limita el tope de puntos a asignar una vez superada la rebaja indicada en el PCAP, a raíz de la entrada en vigor de la nueva LCSP rectificamos nuestra doctrina anterior, señalando en la Resolución 484/2019, de 9 de mayo, lo siguiente:

En efecto, como señala la recurrente, este Tribunal se ha mostrado contrario, en determinadas circunstancias, a aplicar estos umbrales en tanto que actúan de manera contraria a la competencia y al beneficio de la entidad pública contratante de obtener, mediante el concurso de distintos licitadores, la mejor oferta, al mejor precio. Sin embargo, este Tribunal tiene que puntualizar que

esto es así, siempre que el único criterio a valorar en la oferta sea, precisamente, el precio. De otra manera, es decir, cuando se valoran elementos o parámetros distintos del precio, no necesariamente la oferta, con el precio más bajo, es la mejor. En efecto, el criterio de “precio” en modo alguno equivale siempre y en todo caso a “precio más bajo”.

Tal determinación se contenía en la Directiva 2014/18/UE y en el TRLCSP solo para el caso de empleo de un único criterio de valoración de las ofertas, que había de ser el precio, y que equivalía a “precio más bajo” para determinar la oferta económicamente más ventajosa. Por el contrario, en el caso de que se empleara más de un criterio de adjudicación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, el criterio “precio” no equivale necesariamente a “precio más bajo”.

Es por ello, que no compartimos las consideraciones planteadas por la recurrente en atención a los siguientes argumentos. En primer lugar, la Directiva antes citada, la 2014/18/UE, no establecía esa determinación, es decir, no extendía dicha equivalencia prevista para las licitaciones con un solo criterio de valoración a las licitaciones con más de un criterio, en las que se previese también el criterio “precio”. En segundo lugar, porque en el caso de empleo de más de un criterio de valoración corresponde al órgano de contratación configurar los criterios de valoración con respeto a los requisitos legales, pero en relación a los fines que se persiguen con el contrato y los aspectos que considere como principales a valorar. Los criterios se relacionan y vinculan unos con otros y se delimitan por el órgano de contratación, que puede fijar la forma en que operan y se aplican.

En tercer lugar, diversas causas, como por ejemplo, el objetivo de obtener obras, servicios o suministros de gran calidad, o el presupuesto riguroso de un contrato con arreglo a precios de mercado, aconsejan y permiten modular el criterio precio y establecer límites a las reducciones de precios en las ofertas

económicas sobre el precio máximo, para evitar precisamente desvirtuar la calidad de la prestación ofertada, o para desincentivar la presentación de ofertas mediocres en los criterios de valoración cualitativos a causa de la minoración de los precios ofertados, o que siendo teóricamente buenas luego en la ejecución no se puedan cumplir debidamente con precios ofertados muy bajos.

La libertad del órgano de contratación ampara modular, por tanto, el criterio precio en relación con el resto de los criterios previstos para valorar las ofertas y lograr el máximo nivel de calidad u otras características de la prestación perseguidas. En cuarto lugar, el TJUE ha declarado que las Directivas comunitarias se oponen al hecho de considerar, automáticamente, que la mejor oferta, en lo referente al precio, sea la oferta de precio medio de todas las ofertas, es decir, la mayor puntuación no se puede atribuir a la oferta más próxima a la media de los precios ofertados, ya que son mejores las que ofertan un precio menor al precio medio; pero ello no implica que se prohíba el establecimiento de índices de saciedad, porque con ellos la oferta con el precio menor a las otras no obtiene menos puntos que éstas. En este sentido, la Comisión Europea publicó un documento denominado “Guía práctica para contratación pública para profesionales” en el describe algunos ejemplos de malas prácticas o errores en la definición de los criterios de adjudicación que dieron lugar a sanciones económicas por no cumplir con las normas sobre contratación pública y haber obligado a los operadores económicos a desistir de participar en la licitación y entre ellos, el siguiente: “6.El uso de precios medios, en caso de que las ofertas más próximas a la media de todas las ofertas reciban más puntos que aquellas que están más lejos de la media. A pesar de que el precio de la oferta es un criterio objetivo para usarlo en la fase de adjudicación, el uso de esta metodología genera una desigualdad de trato de los licitadores, en particular de aquellos con ofertas bajas válidas”. Ejemplo en el que, como puede apreciarse, no cita para nada como metodología

incorrecta el establecimiento de índices de saciedad para el limitar el número máximo de puntos a obtener en la valoración por reducción de precios ofertados sobre el precio máximo.

En quinto lugar, en modo alguno puede afirmarse que solo cabe combatir la oferta de precios excesivamente bajos mediante el procedimiento de las ofertas anormalmente bajas o temerarias que puede conducir a la exclusión de la oferta temeraria, y no mediante la adopción de medidas complementarias que desincentiven la excesiva bajada de precios, como la reducción progresiva de la puntuación a partir de un determinado nivel de reducción de los precios, o la no concesión de puntos adicionales a las ofertas que sean inferiores a una determinada cifra (umbral de saciedad), pues si se puede lo más, se puede lo menos, que es, frente a la exclusión de la oferta anormal, la no asignación de más puntos a las ofertas de precio inferior al umbral establecido. Y en sexto lugar, no existe por las razones indicadas, lesión alguna de principios como los de control de gasto y de eficiencia o de economía en la gestión de recursos públicos, puesto que tales principios han de operar necesariamente en el contexto de la aplicación coordinada y objetiva, además de causal y dirigida a un objetivo de interés público mediante el contrato, de una pluralidad de criterios de valoración cuya ponderación corresponde determinar al órgano de contratación así como su forma de operar y aplicarse en su conjunto. Así, si el órgano de contratación puede reducir la ponderación del criterio precio respecto de los demás criterios objetivo y subjetivos, con mayor razón puede aumentar la ponderación de aquél y fijar un límite máximo de la reducción de precio que los licitadores pueden ofertar a partir del cual no obtengan puntos adicionales, con lo que se cumple el criterio del TJUE de que una oferta más cara obtenga más puntos que otra de precio inferior a aquélla [...] En fin, la LCSP ha incorporado las directrices de la Directiva 2014/24 al ordenamiento español, recogiendo los criterios antes citados en lo relativo a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa y a la incorporación de criterios

sociales y medioambientales y de innovación, que modulan la relación coste-eficacia y la relación calidad-precio, así como los principios de eficiencia y economía en el gasto público.

En particular, este último principio es indudablemente matizado, en lo que aquí concierne, en el artículo 1.3, de la LCSP cuando determina que:

En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social". Lo anterior, vinculado a la autorización normativa sobre que el factor coste pueda operar como coste o precio fijo de forma que los licitadores compitan solo en función de criterios de calidad, es lo que determina que no pueda ya, actualmente, afirmarse en modo alguno que no es admisible legalmente establecer en el PCAP índices de saciedad que limiten en la aplicación de la valoración de la oferta económica mediante el criterio precio la atribución del máximo de puntos posibles a la ofertas que alcancen un máximo de baja, de forma que a partir de ese límite no puedan obtenerse más puntos aunque minoren el precio más allá del citado límite." A la vista de nuestra doctrina, la fórmula establecida en el PCAP, que otorga más puntuación a mayor baja, si bien que en cada tramo, cada tanto porcentual no vale lo mismo en proporción, es conforme a derecho, debiendo pues también en este punto rechazar el recurso interpuesto".

Así pues, atendiendo a las manifestaciones recogidas en el PCAP para justificar la fórmula empleada en el supuesto cuestionado utilizando un índice o umbral de saciedad, limitando la proporción de puntos a asignar una vez superada la rebaja indicada en el PCAP, resulta conforme al derecho, al

establecerse en el pliego otros criterios de valoración adicionales al precio y además en la medida en que allí se justifica esta medida en el objetivo de obtener un servicio de calidad, conforme a la doctrina que hemos expuesto.

Por lo demás, siendo lícita esta fórmula, carecen de fundamento las alegaciones del recurrente tratando de reconducir la puntuación establecida en el pliego a un supuesto de prevalencia de los criterios de valoración subjetivos frente a los objetivos, a través de una interpretación de las cláusulas que no se acomoda al contenido literal de las mismas ni a los objetivos perseguidos por este órgano de contratación.»

Expuestos los términos del debate, ya podemos concluir que no asiste la razón a la recurrente, debido a que los criterios que incurren en lo que la doctrina denomina «*umbrales de saciedad*», consisten en fórmulas matemáticas que propician que a partir de un determinado valor en la respectiva oferta, la puntuación a obtener por el licitador sea la misma, lo que produce el efecto de desincentivar que la oferta de éste sea la mejor posible, de manera que tal característica, afecta al criterio de adjudicación relativo al precio.

Así, dado que en el presente caso nos encontramos ante criterios de adjudicación consistentes en mejoras, tal y como hemos señalado en el fundamento de derecho octavo al que nos remitimos, tienen que estar especificados suficientemente y establecer límites a lo que se puede ofertar y valorar, ajustados a las necesidades y que permitan ofertas reales, por lo que el establecimiento de tales límites no puede ser contrario a Derecho. Por tanto, los criterios impugnados no incurrirían en el vicio de nulidad denunciado en el recurso 55/2023.

En virtud de cuanto precede, al amparo de lo establecido en los artículo 46 y

49.2 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA (norma que es de aplicación al amparo de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de Uso Estratégico de la Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón), previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

ACUERDO

PRIMERO.- Acumular la tramitación de los recursos especiales en materia de contratación 54/2023 y 55/2023 presentados por “AQUARA GESTIÓN CICLO INTEGRAL DE AGUAS DE ARAGÓN, S.A.” Y “AQLARA CICLO INTEGRAL DEL AGUA, S.A.” frente al anuncio y los pliegos del procedimiento de licitación denominado «Concesión del servicio de competencia municipal de abastecimiento de agua potable y saneamiento en el municipio de Andorra», promovido por el Ayuntamiento de esa entidad local.

SEGUNDO.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por “AQUARA GESTIÓN CICLO INTEGRAL DE AGUAS DE ARAGÓN, S.A.” frente al anuncio y los pliegos del procedimiento de licitación denominado «Concesión del servicio de competencia municipal de abastecimiento de agua potable y saneamiento en el municipio de Andorra», promovido por el Ayuntamiento de esa entidad local y declarar la nulidad del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y del procedimiento de licitación, de acuerdo con los términos que se recogen en la parte expositiva del presente Acuerdo.

TERCERO.- El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

CUARTO.- Notificar este 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.