



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

RE 125/2019, 126/2019 & 127/2019

Acuerdo 143/2019, de 27 de diciembre de 2019, del Tribunal Administrativo de Contratos Pùblicos de Aragón, por el que se resuelven los recursos especiales interpuestos en nombre y representación de las mercantiles: “ACCIONA AGUA SERVICIOS, S.L.”, “TÉCNICAS VALENCIANAS DEL AGUA, S.A.” y “GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A.” frente a los pliegos del procedimiento de licitación «Concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado del municipio de Calatayud», promovido por el Ayuntamiento de Calatayud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

Segundo.- Con fecha 31 de octubre, don M.L.D.G. interpuso, en nombre y representación de la mercantil “ACCIONA AGUA SERVICIOS, S.L.”, en la Oficina de correos número 1 de Madrid, recurso especial en materia de contratación frente a los pliegos que rigen el procedimiento de licitación. En la misma fecha, puso en conocimiento de este Tribunal, a través de correo electrónico, la interposición del recurso, que finalmente fue recibido en el Registro General de este Tribunal el día 5 de noviembre de 2019. A dicho



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

recurso, en atención a su orden de llegada, le fue asignado el número 125/2019.

El recurso –en síntesis– aduce:

- 1.- La disconformidad a Derecho con las fórmulas utilizadas para la valoración de los criterios sujetos a evaluación posterior que figuran en la cláusula 17.1.B. del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rige el contrato. En concreto, alega que la valoración de todos ellos está sujeta a “umbrales de saciedad”.
- 2.- Que, entre los criterios sujetos a evaluación previa del PCAP –cláusula 17.1.A–, se han incluido algunos requisitos de solvencia.
- 3.- Vulneración de los principios de igualdad y no discriminación, publicidad, transparencia y concurrencia en relación con el contenido e información del anuncio de licitación.

Por lo expuesto, interesa que con estimación del recurso se acuerde declarar nula la cláusula 17 del PCAP relativa a los criterios de adjudicación o, subsidiariamente, la ampliación del plazo de presentación de proposiciones para garantizar un trato de igualdad entre los licitadores. Solicita la suspensión del procedimiento.

Tercero.- Con fecha 7 de noviembre de 2019 este Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), requirió la subsanación de la acreditación de la representación del compareciente, con la advertencia expresa de que, transcurridos tres días hábiles a partir del siguiente a la recepción del requerimiento sin que subsanase los defectos indicados, se le tendría por desistida de su petición. Finalizado el plazo otorgado, el requerimiento fue atendido en tiempo y forma.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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

El recurso manifiesta su disconformidad con la cláusula 17.1.B del PCAP, sosteniendo que la valoración de los criterios sujetos a evaluación posterior está sujeta a «umbrales de saciedad».

Interesa que se estime su recurso y se anule el PCAP que rige el procedimiento. Asimismo, solicita su suspensión.

Quinto.- Con fecha 4 de noviembre de 2019, se dio traslado de ambos recursos, al órgano de contratación, que remitió el día 6 de noviembre de 2019 el expediente e informes a que hace referencia el artículo 56.2 de la LCSP.

Sexto.- El día 4 de noviembre de 2019 este Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP, remitió requerimiento de subsanación para aportación del documento que acredite la representación del compareciente, con la advertencia expresa de que, transcurridos tres días hábiles a partir del siguiente a la recepción del requerimiento sin que subsanase los defectos indicados, se le tendría por desistida de su petición. Finalizado el plazo otorgado, el requerimiento fue atendido en tiempo y forma.

Séptimo.- El día 5 de noviembre de 2019, doña S.V.F., en nombre y representación de la mercantil “GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A.”, interpuso, en la oficina de correos número 36 de Madrid y en el Registro General del Ayuntamiento de Calatayud, recurso especial en materia de contratación, frente a los pliegos del procedimiento de licitación de referencia. En la misma fecha, puso en conocimiento de este Tribunal, a través de correo electrónico, la interposición del recurso que finalmente fue recibido en el



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Registro General de este Tribunal, el día 11 de noviembre de 2019. A dicho recurso, en atención a su orden de llegada, le fue asignado el número 127/2019.

El recurso, en síntesis, sostiene:

1. Que el PCAP contiene disposiciones que no se ajustan a la legalidad por no estar directamente relacionadas con el objeto del contrato.
2. Extemporánea publicación de información fundamental para la presentación de ofertas.
3. Información parcial e imposibilidad de acceso a cierta información.
4. Disconformidad con su cláusula 17.1.B, alegando que la valoración de los criterios sujetos a evaluación posterior está sujeta a “umbrales de saciedad”.

Por lo expuesto, interesa que, con estimación del recurso, se anule el procedimiento de licitación. Solicita, al igual que los anteriores recurrentes, la suspensión del procedimiento.

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

Noveno.- El día 11 de noviembre de 2019 este Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP, remitió requerimiento de subsanación para aportación del documento que acredite la representación del compareciente en nombre y representación de la mercantil “GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A.”, con la advertencia expresa de que, transcurridos tres días hábiles a partir del siguiente a la recepción del requerimiento sin que subsanase los defectos indicados, se le tendría por desistida de su petición. Finalizado el plazo otorgado, el requerimiento fue atendido en tiempo y forma.

Décimo.- Mediante Decreto de 14 de noviembre de 2019, el órgano de contratación suspendió la apertura de las plicas presentadas para la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

adjudicación del contrato de referencia hasta la resolución de los recursos interpuestos frente a los pliegos que rigen el procedimiento.

Undécimo.- Habiendo finalizado el plazo de presentación de ofertas el día 13 de noviembre de 2019, el día 22 de noviembre de 2019, se dio traslado al resto de interesados, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como prevé el artículo 56.3 de la LCSP, sin que se hayan presentado alegaciones.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter preliminar este Tribunal quiere reseñar que, analizados los escritos de los recursos, en los tres se aprecia identidad desde el punto de vista objetivo, al ser la misma actuación impugnada, por lo que procede abordar su resolución de manera conjunta, pues entre ellos existe la identidad sustancial o íntima conexión a que se refiere el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), por lo que es pertinente, en aras del principio de economía procedural, acumular los tres 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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

125/2019, 126/2019 y 127/2019 para su resolución conjunta en un solo acuerdo.

SEGUNDO.- Se acredita la legitimación de “ACCIONA AGUA SERVICIOS, S.L.”, “TÉCNICAS VALENCIANAS DEL AGUA, S.A.” y “GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A.” para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP en defensa de sus intereses, en cuanto potenciales licitadores conforme al ámbito de su objeto social definido en los estatutos de las citadas mercantiles.

También queda acreditado que los recursos se han interpuesto frente a la licitación de un contrato de concesión de servicios públicos cuyo valor estimado es superior a 34 781 174 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.c) de la LCSP, y se dirige contra el anuncio de licitación y el acto de aprobación de los pliegos, actuaciones específicamente contempladas entre las susceptibles de impugnación ex artículo 44.2.a) de la LCSP.

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

TERCERO.- Sentado lo anterior, y en cuanto a la argumentación sobre el fondo de los recursos, las tres recurrentes sostienen que los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmula están todos ellos afectados por el denominado «umbral de saciedad», lo que determina su invalidez.

Concretamente, en el escrito del recurso 125/2019 se señala lo siguiente:
«*Resulta evidente que, en los 5 criterios en los que se divide la puntuación sobre criterios que se valoran mediante formula, están configurados bajo la premisa de los umbrales de saciedad que hace que la Administración renuncie*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

a un mejor precio de antemano, yendo contra los principios de: (i) control y eficiencia del gasto o (ii) el principio de economía en la gestión de recursos públicos.

De acuerdo a los distintos criterios:

- *El Canon anual variable de mejora en infraestructuras hidráulicas: no compensa mejorar la oferta más allá de un 4% sobre 1.597.240 € (= 63.890 €).*
- *Canon anual variable: no compensa mejorar la oferta más allá de un 2% sobre 1.597.240 € (31.945 €).*
- *Importe destinado al seguimiento y control: no compensa mejorar la oferta más allá de un 2% sobre 1.597.240 € (31.945 €).*
- *Importe anual destinado a campañas de comunicación y sensibilización: está limitado a 10.000 € (equivalente a 0,63% sobre la facturación de 1.597.240 €).*
- *Fondo social: está limitado a 10.000 € (equivalente a 0,63% sobre la facturación de 1.597.240 €).*

Por lo tanto, en global, hablamos de hasta un 9,25% ó 147.779 Euros sobre los que se puede competir en mejorar la oferta dependiente de fórmulas, un 9,25% del valor del contrato.

Los evidentes efectos secundarios y perjudiciales a destacar son los siguientes:

1. *Al estar marcado esos umbrales, resulta previsible que todos los licitadores los cumplan, adelantándose los criterios valorables mediante fórmula a los dependientes de un juicio de valor, asumiéndose que el objeto del procedimiento de dos sobres con criterios dependientes de un juicio de valor y criterios de valoración mediante fórmula (objetivos) y orden de apertura determinado tenía como fin que el conocimiento de los objetivos no influyera en los dependientes de un juicio de valor.*
2. *Se le confiere al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada, ya que si de los 100 puntos en los que se decide la licitación, 60 puntos están asociados a criterios con umbrales de saciedad, que ya se ha evidenciado que son previsibles. Esto nos lleva a que el 100% de la adjudicación*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

dependen de los 40 puntos de los criterios dependientes de un juicio de valor. De acuerdo a la LCSP en su Art. 146. Aplicación de los criterios de adjudicación, apartado 2.a) "...la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas; o encomendar ésta a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos....". Si bien no es formalmente así, ya que la ponderación de los criterios que dependen de fórmulas es superior a los que dependen de un juicio de valor (se insiste, formalmente), el diseño o definición de los criterios evaluables de forma automática dan un poder de decisión ilimitado al órgano contratante. De hecho, nos atrevemos a decir que la apariencia formal tiene como objeto evitar el contrapeso que se establece con el Comité de Expertos. Lo que aún hace más evidente la "libertad de decisión ilimitada".

3. *Renuncia a una competencia efectiva y a la obtención de un precio de mercado: se ha calculado el impacto económico de los criterios objetivos al inicio de esta alegación y los 60 puntos se reparten entre aquél postor que no aporta nada a mayores, es decir, o Euros, y el postor que obtiene la máxima puntuación 60 puntos, que equivalen a un 9,25% del valor del contrato (año 1) o de 147.779 Euros/años».*

Los recursos 126 y 127/2019 se expresan y argumentan en similares términos.

Por su parte, el órgano de contratación en sus informes a los tres recursos se limita a referir a este respecto lo siguiente:

«La reciente doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha revisado su anterior posición contraria al establecimiento en



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

los criterios de valoración de ofertas económicas de los llamados "umbrales de saciedad" entendiendo que a partir de la entrada en vigor de la LCSP, el nuevo régimen jurídico de la valoración de ofertas refuerza la importancia de los criterios vinculados a la calidad permitiendo la inclusión de cláusulas como la impugnada con el fin de dar mayor peso a los criterios cualitativos desincentivando las ofertas con bajas excesivas.

Por todas, la Resolución 853/2019, de 18 de julio, (Rec. 614/2019) del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que se acompaña como documento nº UNO.

Tratándose de un contrato de gestión de servicios, con una importante inversión inicial y una duración de veinte años, la pretensión municipal, plasmada en las bases de la convocatoria, de modular el criterio del precio para disuadir la presentación de ofertas mediocres o de imposible cumplimiento debido a los precios desorbitados ofertados, primando la calidad, la experiencia en la gestión, el estudio riguroso de los aspectos de la contratación que permita la formulación de una oferta viable a lo largo del prolongado plazo de duración del contrato, etc. constituye justificación más que suficiente de la inclusión de "umbrales de saciedad" en la oferta económica.

La modulación del factor precio en el conjunto de los criterios de valoración de ofertas, minorando su incidencia en la adjudicación frente a criterios basados en la calidad viene igualmente avalada por la Directiva 2014/24/UE que en el art. 67.2:

"El factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad".

Todo ello es interpretado por la resolución citada del TACRC en sentido favorable a la inclusión de los "umbrales de saciedad" concediendo a los poderes adjudicadores libertad para su implantación: "A partir de ese texto normativo hemos de considerar que, si el factor coste puede adoptar la forma de un precio fijo no susceptible de mejora por minoración, con mayor motivo debe admitirse un precio no fijo, pero limitado por un índice de saciedad que



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

puede minorarse más allá de ese límite, pero sin favorecerse por un incremento de puntos en su valoración. En el mismo sentido, es indudable que esa Directiva atribuye al poder adjudicador la libertad de delimitar los criterios de adjudicación dentro del respeto a los requisitos que establece, cuando en su artículo 67.5 determina que: "El poder adjudicador precisará, en los pliegos de la contratación, la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa, excepto en el supuesto de que esta se determine sobre la base del precio exclusivamente. Esta ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada."

La cláusula 17A "criterios evaluables mediante juicios de valor" en relación con la cláusula 19 "contenido de las proposiciones" y la cláusula 17B "Criterios evaluables mediante fórmulas" precisan hasta la exhaustividad todos y cada uno de los factores evaluables, su contenido y puntuación, de forma que su ponderación conjunta permita determinar la oferta "económicamente más ventajosa" sin atender necesariamente al precio ofertado.

Por todo ello, el motivo debe desestimarse».

La cláusula impugnada por las recurrentes es la 17.B, relativa a los criterios evaluables mediante fórmulas; concretamente, en ella se establecen los siguientes criterios:

«En este apartado se evaluarán los siguientes criterios:

1) Canon anual variable de mejora en infraestructuras hidráulicas: Hasta 35 puntos

Se establece como obligatorio que los licitadores recojan en su oferta el porcentaje sobre el importe facturado durante el ejercicio que se comprometan a destinar para la mejora de infraestructuras hidráulicas, partiendo de un mínimo del 7,0%.

El número que precede al símbolo % podrá ser entero o decimal, en cuyo caso la parte decimal no podrá exceder de un decimal.

Este canon se puntuará con un máximo de hasta 35 puntos.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Se otorgará el máximo de puntuación (35 puntos) al licitador que en su oferta comprometa el mayor canon variable de mejora de infraestructuras hidráulicas. Las ofertas que propongan un canon variable de mejora de infraestructuras hidráulicas por el porcentaje mínimo (7,0%) obtendrán cero puntos (0 puntos). Las ofertas intermedias se valorarán aplicando la siguiente fórmula:

$$V(Cm_0) = 35 \cdot (1 - (0,92)^{Cm0})$$

Donde:

- $V(Cm_0)$: Puntuación del oferente
- Cm_0 : Incremento porcentual, expresado en valor absoluto, del canon ofertado sobre el canon mínimo, multiplicado por 100

2) Canon anual variable: Hasta 20 puntos

Se establece como obligatorio que los licitadores recojan en su oferta el porcentaje sobre el importe facturado durante el ejercicio, derivado de la aplicación de las tarifas, que se comprometan a destinar como canon anual variable, partiendo de un mínimo del 4,0%. Se valorará el exceso ofertado sobre este importe mínimo.

El número que precede al símbolo % podrá ser entero o decimal, en cuyo caso la parte decimal no podrá exceder de un decimal.

Este canon se puntuará con un máximo de hasta 20 puntos.

Se otorgará el máximo de puntuación (20 puntos) al licitador que en su oferta comprometa el mayor canon variable.

Las ofertas que propongan un canon variable por el porcentaje mínimo (4,0%) obtendrán cero puntos (0 puntos).

Las ofertas intermedias se valorarán aplicando la siguiente fórmula:

$$V(CV_0) = 20 \cdot (1 - (0,92)^{CV0})$$

Donde:

- $V(CV_0)$: Puntuación del oferente
- CV_0 : Incremento porcentual, expresado en valor absoluto, del canon ofertado sobre el canon mínimo, multiplicado por 100

3) Importe destinado al seguimiento y control: Hasta 3 puntos



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Se establece como obligatorio que los licitadores recojan en su oferta el porcentaje sobre el importe facturado durante el ejercicio que se comprometan a destinar para el seguimiento y control de la prestación del servicio, partiendo de un mínimo del 1,0% y hasta un máximo del 3,0%.

El número que precede al símbolo % podrá ser entero o decimal, en cuyo caso la parte decimal no podrá exceder de un decimal.

Se otorgará el máximo de puntuación (3 puntos) al licitador que en su oferta comprometa el mayor importe destinado al seguimiento y control (3,0%).

Las ofertas que propongan un importe anual destinado al seguimiento y control del servicio por el porcentaje mínimo (1,0%) obtendrán cero puntos (0 puntos).

Las ofertas intermedias se valorarán aplicando la siguiente fórmula:

$$V(Is_o) = 3 \cdot \frac{(Is_o - Is_{min})}{(Is_{max} - Is_{min})}$$

Donde:

- **V(Is_o)**: Puntuación del oferente
- **Is_o**: Importe destinado al seguimiento y control del servicio ofertado por el licitador
- **Is_{min}**: Importe destinado al seguimiento y control del servicio mínimo según el presente Pliego (1,0%)
- **Is_{max}**: Importe destinado al seguimiento y control del servicio máximo según el presente Pliego (3,0%)

4) Importe anual destinado a campañas de comunicación y sensibilización:
Hasta 1 punto.

Se establece como obligatorio que los licitadores recojan en su oferta el importe que se comprometen a destinar anualmente para la celebración de campañas de comunicación y sensibilización. Se otorgará el máximo de puntuación (1 punto) a aquel licitador que destine el importe máximo anual de 10.000 € a dichas campañas y al resto se le dotará según la siguiente fórmula:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Las ofertas que propongan un importe anual destinado a campañas de comunicación de 0€ obtendrán cero puntos (0 puntos).

$$V(Ic_o) = 1 \cdot \frac{Ic_o}{Ic_{max}}$$

Donde:

- $V(Ic_o)$: Puntuación del oferente
- Ic_o : Importe destinado a campañas de comunicación ofertado por el licitador
- $Ic_{máx}$: Importe destinado a campañas de comunicación y sensibilización máximo según el presente Pliego (10.000 €).

La cantidad ofertada deberá ser un número entero.

5) Fondo social: Hasta 1 punto

Se establece como obligatorio que los licitadores recojan en su oferta el importe que se comprometan a destinar anualmente a constituir un fondo como bono social para la bonificación o exención de los usuarios que se determine. Se otorgará el máximo de puntuación (1 punto) a aquel licitador que se comprometa a dotar con el importe máximo anual de 10.000 € a este fondo y al resto se le dotará según la siguiente fórmula

$$V(Fs_o) = 1 \cdot \frac{Fs_o}{Fs_{max}}$$

Donde:

- $V(Fs_o)$: Puntuación del oferente
- Fs_o : Fondo social ofertado por el licitador
- $Fs_{máx}$: Fondo social máximo según el presente Pliego (10.000 €) La cantidad ofertada deberá ser un número entero».

Así las cosas, como ha quedado de manifiesto al transcribir la parte correspondiente de uno de los escritos de recurso, las recurrentes denuncian que los criterios impugnados incurren en lo que la doctrina denomina



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

«umbrales de saciedad», consistente, tal y como se señala en el citado escrito, en el establecimiento de 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, contraviniendo el principio de eficiencia en el gasto público. Además, permite a los licitadores conocer la concreta oferta que han de realizar para obtener la máxima puntuación, de manera que el «umbral de saciedad» puede llegar a determinar un empate en el criterio afectado y, por tanto, que la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor sea la determinante de la adjudicación del contrato. Pues bien, las recurrentes denuncian las fórmulas de todos los criterios no sujetos a juicio de valor establecidos en el PCAP por incurrir en tal defecto.

Lo cierto es que, de la lectura de las fórmulas de los criterios sujetos a evaluación posterior establecidos en el PCAP, se desprende prima facie que en las correspondientes a los criterios 1º y 2º, los más importantes por la puntuación que atribuyen, no se establece –de manera expresa– umbral de saciedad alguno, puesto que no fijan ningún límite a partir del cual no se obtenga más puntos a pesar de realizar una mayor oferta –en este caso–.

Sí se establece límite en los criterios 3º, 4º y 5º, pero no en cuanto a la puntuación a obtener sino en la mejora a ofrecer sobre el respectivo aspecto que ponderan cada uno de ellos, de manera que puede lograrse el total de puntos en caso de ofertar el máximo posible. Esto es, no estamos ante el denominado «umbral de saciedad» conforme al cual no se puede obtener más puntuación pese a ofrecer más, por lo que no se produce un desincentivo a la hora de ofertar y, por tanto, no se vulneran los principios de eficiencia y control del gasto, ni tampoco los de igualdad de trato y de proporcionalidad que es contrario a atribuir la misma puntuación a ofertas disparatadamente ventajosas.

En cambio, dichos criterios sí producen el efecto de permitir conocer a los licitadores lo que tienen que ofrecer para obtener la máxima puntuación por ese



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

criterio. Ahora bien, siendo que están valorados con 3, 1 y 1 punto respectivamente, de un máximo de 60 puntos que se pueden obtener con los criterios evaluables mediante fórmulas –y sobre una puntuación total de 100 en aplicación del conjunto de los criterios de adjudicación–, es obvio que tales límites no permiten a los licitadores conocer lo que han de ofrecer para obtener el máximo de puntuación en el conjunto de los criterios sujetos a juicio de valor, por lo que ninguna posibilidad hay de que se produzca un empate técnico como consecuencia de cómo han sido configurados estos criterios. Por tanto, la argumentación de las recurrentes respecto de estos criterios decae y procede rechazar el motivo de impugnación frente a los mismos.

Sin embargo, pese a que –como decíamos– no se establecen expresamente umbrales de saciedad en los dos primeros criterios, valorados con 35 y 20 puntos respectivamente, las recurrentes denuncian que tal y como está configurada la fórmula, produce *de facto* el efecto de un «umbral de saciedad», pues a partir de una determinada oferta, todas obtienen la misma puntuación. Para acreditarlo en los tres escritos de recurso se realiza una simulación, coincidiendo los tres recursos en el resultado de tales simulaciones y en las que efectivamente se observa que se produce dicho efecto.

A este respecto, el órgano de contratación no responde –en ninguno de los tres informes a los tres recursos–, ni negando ni reconociendo la veracidad de tales simulaciones, y se limita a defender la legalidad de los «umbrales de saciedad», así como su utilización en el PCAP impugnado. Es indudable la trascendencia de la argumentación de las recurrentes de cara a determinar la legalidad de los criterios de adjudicación impugnados y, pese a la falta del necesario y acreditado conocimiento técnico por parte de este Tribunal para la determinación de la concurrencia del supuesto de hecho aducido por aquéllas y, ante la falta del más mínimo cuestionamiento del mismo por parte del órgano de contratación que, más bien, viene a reconocer la existencia de dicho umbral, unido a la unanimidad de las recurrentes en cuanto a los resultados de sus simulaciones, todo ello conduce a dar por cierto que, en el presente caso, el



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

pliego cuestionado establece un «umbral de saciedad» sin necesidad de abrir período probatorio.

Este Tribunal debe recordar –en este punto– su parecer al respecto de las fórmulas de valoración, recogido en el Acuerdo 77/2018, de 30 de agosto, en el que se afirma:

«Sentado lo anterior, no puede compartir al respecto este Tribunal la tesis del órgano de contratación, pues la fórmula matemática elegida por el PCAPE no llega a mostrar efectiva capacidad para discriminar las eventuales ofertas económicas con independencia del umbral de desproporción fijado en dicho pliego, toda vez que resulta evidente, tal y como sostiene la recurrente, que su utilización no puede tenerse por válida para escoger la oferta económicamente más ventajosa, en tanto que, aun posibilitando la obtención de una puntuación superior a las ofertas que propongan un precio menor y de una puntuación inferior a las ofertas que propongan un precio mayor –regla que debe cumplir toda fórmula según se desprende de los Informes 8/97, de 20 de marzo de 1997, y 42/12, de 7 de mayo de 2013, de la ahora Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado–, la puntuación a obtener no guarda la debida correlación o proporción con las ofertas porque, conforme a la doctrina elaborada al respecto por el Tribunal de Cuentas, expuesta y sintetizada por el TACRC, entre otras, en sus Resoluciones 906/2014, de 12 de diciembre, y 542/2015, de 12 de junio, así como en la que expresamente cita el órgano de contratación, dicha fórmula no resulta admisible por los motivos siguientes:

- *otorga alguna puntuación a las bajas nulas, esto es, a las que se queden en el tipo de licitación que obtendrán más (o bastante más) de cero puntos, lo que implica que todo licitador consiga alguna puntuación por el mero hecho de presentar oferta [y no se compadece con el Informe del Tribunal de Cuentas nº 839, de fiscalización sobre la gestión y la contratación de la Fundación Centro Nacional de Investigaciones Cardiovasculares (CNIC) Carlos III]; y,*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

- *reduce significativamente los márgenes entre las ofertas más altas y las más bajas [efecto vedado por el Informe del Tribunal de Cuentas nº 1009, de fiscalización de la Universidad de Murcia (ejercicios 2010 y 2011)].*

Así las cosas, este Tribunal –por cuanto acaba de exponerse– concluye que se ha vulnerado el artículo 1º de la LCSP (el cual también alude, por cierto, al objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto), considerar que, en consecuencia, el órgano de contratación ha rebasado el margen de discrecionalidad con que cuenta para elegir una fórmula u otra. Por ello, resulta claro que la cláusula 16 del PCAPE, en lo concerniente a la ponderación del criterio precio, no se adecúa a lo establecido en los artículos 1º y 102 de la LCSP, ni tampoco en el artículo 145 de dicho texto legal, cuyo apartado 5º –letra b)– menciona, entre otros, el principio de proporcionalidad como parámetro configurador de los criterios de adjudicación de los contratos. Por todo ello, este aspecto dentro del motivo aducido por la recurrente ha de prosperar, por cuanto la fórmula de valoración del criterio precio del PCAP no resulta conforme a Derecho».

En el presente caso, las fórmulas de los criterios 1º y 2º (los de mayor peso dentro de los sujetos a evaluación posterior), al otorgar la misma puntuación a determinada oferta una vez alcanzado el umbral, tal y como denuncian las recurrentes, carecen de la exigible proporcionalidad y vulneran los principios de igualdad de trato y de eficiencia y control del gasto. Pero, además, al permitir conocer de antemano la concreta oferta con la que se obtendría el máximo por dichos criterios, así como por los restantes criterios sujetos a fórmulas antes analizados, ello determina que en el conjunto de estos criterios vaya a producirse con mucha probabilidad un empate técnico, de tal manera que, a pesar de la ponderación o distribución de puntuación entre los criterios de valoración, 60 puntos por criterios sujetos a fórmulas y 40 puntos por los sujetos a juicio de valor, acaben primando éstos últimos y convirtiéndose en decisivos, con independencia de la ponderación formal que nominalmente se le



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

atribuye en el PCAP, por lo que éste, al atribuir la valoración de los criterios de adjudicación a la Mesa de contratación, está eludiendo, de forma indirecta y en fraude de ley, la preceptiva intervención del comité formado por expertos con cualificación apropiada, exigida por el artículo 146.2.a) de la LCSP para los casos en que la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor tenga atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, es conforme a Derecho.

Por tanto, aun cuando el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) ha comenzado a admitir este tipo de fórmulas en las Resoluciones que el órgano de contratación cita en su informe al recurso, en las que se viene a reseñar que hay un nuevo régimen jurídico de la valoración de ofertas donde refuerza la importancia de los criterios vinculados a la calidad permitiendo la inclusión de cláusulas como la impugnada con el fin de dar mayor peso a los criterios cualitativos desincentivando las ofertas con bajas excesivas, en el supuesto aquí analizado, además de que al no establecer el PCAP que la aplicación de los criterios de adjudicación se haga por el órgano correcto –el comité de expertos– lo que determina su ilegalidad, dicha doctrina reciente se estima no resulta aplicable. Los criterios, tal y como están configurados, valoran el incremento sobre el porcentaje mínimo de la facturación que debe abonarse a la Administración, como canon o participación de la concesión de servicios. Esto es, el límite que se introduce para desincentivar un incremento superior de dicho canon, solo indirectamente puede incidir en la calidad de la prestación del servicio, pues afecta a los beneficios a percibir por el concesionario, y no se trata de establecer límites a las reducciones de precios en las ofertas económicas sobre precios máximos.

Y ello, a pesar de que el órgano de contratación señala que *«Tratándose de un contrato de gestión de servicios, con una importante inversión inicial y una duración de veinte años, la pretensión municipal, plasmada en las bases de la convocatoria, de modular el criterio del precio para disuadir la presentación de*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ofertas mediocres o de imposible cumplimiento debido a los precios desorbitados ofertados, primando la calidad, la experiencia en la gestión, el estudio riguroso de los aspectos de la contratación que permita la formulación de una oferta viable a lo largo del prolongado plazo de duración del contrato, etc. constituye justificación más que suficiente de la inclusión de "umbrales de saciedad" en la oferta económica», obviando que estamos ante un contrato de concesión de servicios en el que no hay un precio sino una participación o canon a abonar por el contratista, que no es valorable a la baja sino al alza, por lo que no resulta admisible considerar que dichos umbrales estén fijados en pos de una garantía de mayor calidad; de ahí que tales criterios de adjudicación –tal y como han sido configurados– difícilmente puedan redundar en un mejora de la misma.

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

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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

CUARTO.- El segundo motivo del recurso 125/2019 se centra en denunciar el incumplimiento del artículo 146.2 de la LCSP por parte del apartado A de la cláusula 17.1 del PCAP, que establece los criterios evaluables mediante juicio de valor.

En el escrito de recurso se razona la impugnación de la siguiente manera:

«Existe una fundamentada doctrina desde hace 20 años resumida muy correctamente por el Tribunal de Cuentas, en su Informe nº 1.066, de 20 de diciembre de 2014, relativo a la contratación del sector público en el año 2012, donde se indica que "los certificados o las certificaciones técnicas son criterios vinculados a la capacidad técnica de la empresa (solvencia) y no al objeto (adjudicación), por lo que no cabe su empleo como criterio de adjudicación".

Como se puede observar, se valora también la implantación más o menos rápida de los distintos planes. No obstante, como hemos indicado, los criterios de solvencia se tienen o no se tienen y se presentan en otros apartados.

En este orden de cosas, debemos señalar que cuando se está valorando la disponibilidad o no de ciertos certificados (ISO) y la celeridad de su implantación en el apartado de criterios valorables mediante fórmulas, como se ha indicado anteriormente y, a la vez, analizar velocidad de implantación y los planes en los criterios dependientes de un juicio de valor, en realidad se está infiriendo el contenido de la documentación del sobre cuyos criterios se valoran



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

mediante fórmula a través del sobre cuyos criterios son dependientes de un juicio de valor.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado en numerosas ocasiones este mismo Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, es decir, sobre la posibilidad de valorar, como criterio de adjudicación, las certificaciones de calidad (por todas, la Resolución 72/2016), por lo que deben reiterarse en este momento los mismos argumentos.

El artículo 150.1 del TRLCSP, que se asemeja al vigente 146.2 de la Ley 9/2017, establecía que "Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad (...)". Como ha declarado la Resolución 76/2015, de 15 de julio de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, "El requisito de la vinculación al objeto del contrato se ha venido entendiendo en el sentido de que los criterios de adjudicación deben referirse a los aspectos de la oferta, es decir, a las condiciones bajo las que los licitadores proponen la ejecución de la prestación contratada. En cambio, no caben como criterios de adjudicación los aspectos relativos a la capacidad técnica, económica o profesional de los licitadores, especialmente los referidos a las características de la empresa, los cuales sólo son aceptables como criterios de determinación de la solvencia - artículos 74 y siguientes del TRLCSP-".

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 24 de enero de 2008 (Asunto C-532/06, Lianakis y otros), declaró que "se excluyen como 'criterios de adjudicación' aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión".

De acuerdo con lo anterior, es doctrina unánime de los Tribunales administrativos de recursos contractuales que los certificados de aseguramiento de la calidad o de gestión medioambiental no pueden utilizarse



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

como criterios de adjudicación, aunque pueden exigirse como requisito de solvencia técnica (baste citar, las Resoluciones 65/2013, 29/2015 y 30/2015 de este Tribunal, la Resolución 40/2011, de 14 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el Acuerdo 84/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, la Resolución 105/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, las Resoluciones 906/2014, de 12 de diciembre, 255/2015, de 23 de marzo, y 523/2017, de 16 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y la Resolución 76/2015, de 1 de julio, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi). (...)

En virtud de los anteriores argumentos expuestos, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en la Resolución de 29 noviembre. JUR 2018/VII/47 señalaba que:

De lo expuesto se infiere que los certificados de gestión medioambiental podrán exigirse como requisito de solvencia técnica a los licitadores, pero no valorarse como criterio de adjudicación, máxime cuando no está justificado en el expediente la vinculación de dicho criterio de adjudicación al objeto del contrato ni tampoco que la aportación de estas certificaciones de gestión medioambiental sea determinante de una mejor oferta y relevante para la calidad de la prestación objeto del contrato.

En virtud de lo expuesto, dado que el informe de valoración técnica de las proposiciones ha ponderado como criterio de adjudicación la posesión de un certificado de gestión medioambiental, tal valoración es contraria a derecho.

Al encontrarnos en una situación idéntica, consideramos que en aplicación de esas mismas argumentaciones, el Pliego de Condiciones adolece de nulidad por ponderar como criterios de adjudicación (que no necesariamente están vinculados al objeto del contrato), la obtención de los certificados señalados en la cláusula».

Por su parte el órgano de contratación en su informe señala lo siguiente:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

«Lo cierto es que dichos certificados de solvencia a los que se alude en la cláusula 19.8 del PCAP no constituyen un requisito o exigencia de la licitación, sino un compromiso de obtenerlos por parte del adjudicatario en aras a la prestación de un servicio de calidad, tanto en lo referido a la gestión ambiental como a la prevención de riesgos laborales, considerados ambos como criterios cualitativos expresamente contemplados en el art. 145 de la LCSP. En su literalidad, el apartado impugnado (que el recurrente no menciona) que se valora con 1 punto, señala:

Plan de calidad de los servicios. Gestión de la calidad, riesgos laborales y gestión ambiental.

Los licitadores deberán presentar un Plan de Gestión de la Calidad, Ambiental y de Riesgos Laborales que incluya, como mínimo, los siguientes aspectos:

- *Objetivos de la implantación o, en su caso, mejora en la ya existente.*
- *Plan de Implementación de un Sistema de Gestión de la Calidad y Gestión Ambiental y actuaciones de mejora, señalando el plazo máximo en el que el licitador se compromete a aportar, en caso de resultar adjudicatario, la certificación acreditativa de que los sistemas de gestión implantados son conformes a las exigencias de las normas UNE-EN ISO 9001:2015 y UNE-EN ISO 14001:2015.*
- *Plan de Prevención de Riesgos Laborales específico del servicio de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado o, en su caso, mejora del existente, señalando el plazo máximo en que el licitador se compromete a acreditar, en caso de resultar adjudicatario, que sus centros de trabajo han superado con éxito la auditoría a la que hace referencia el capítulo V del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. En dicho Plan señalara 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 OHSAS 18001:2007.*

Estos planes son para la implantación de los sistemas de calidad y medioambiente en el propio servicio, no los de carácter general que pueda



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

tener el licitador. No se puntuá la posesión del certificado sino el modo y plazo (cronograma) en el que el licitador los vaya a implementar, además no se exige que sean esos en concreto sino que los sistemas implantados son conformes a las exigencias de las normas UNE-EN ISO 9001:2015 y UNE-EN ISO 14001:2015.

Dichos certificados de calidad, considerados como una aspiración de excelencia a la que según la base transcrita se compromete (o no) el adjudicatario, están plenamente admitidos como criterios de valoración cuando, como en este caso, están claramente vinculados con el objeto del contrato.

Así lo ha admitido, a la luz de la LCSP, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en sus últimas resoluciones entre las que citamos la Resolución 786/2019, de 11 de julio (Rec 557/2019) que se adjunta como Documento Nº DOS. En materia de contratación pública, las directivas de la Unión Europea, han incluido la integración en los procedimientos de licitación pública de los requisitos medioambientales, sociales y laborales. Dichos principios se han incorporado netamente a nuestro ordenamiento. Así, el artículo 1.3 de la LCSP dispone lo siguiente: "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". La inclusión de estas condiciones sociales y medioambientales tendrá como límite el respeto al principio de igualdad, reconocido en el artículo 14 de la Constitución Española de 27 de diciembre. Así, en la regulación de los contratos regulados en la LCSP, se impone al órgano de contratación la obligación de introducir aquellas medidas, si bien con libertad para decidir si las incorpora como criterio de solvencia, de adjudicación, o como condición especial de ejecución, siempre que se relacionen con el objeto del contrato. Ad exemplum, el artículo 145.2 LCSP prevé como criterio



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

cualitativo de adjudicación del contrato las características sociales y medioambientales o el artículo 147.2 de la LCSP prevé, en defecto de la previsión en los pliegos, que el empate entre varias ofertas tras la aplicación de los criterios de adjudicación del contrato se resuelva mediante la aplicación por orden de diversos criterios sociales.

Siendo un compromiso de futuro, no entendemos el rechazo de la mercantil recurrente a admitirlo como criterio de valoración y, mucho menos, a asumirlo. en su caso, mejorando los aspectos empresariales de calidad (UNE-EN ISO 9001:2015), medioambientales (UNE-EN ISO 14001:2015) y de prevención de riesgos laborales (OHSAS 18001:2007) ligados todos ellos a la gestión del servicio contratado en el centro de trabajo que al efecto se cree para la ejecución del contrato.

En cualquier caso, como tiene reconocido el TACRC en su resolución 159/2018, la inclusión de las certificaciones de calidad como criterios de adjudicación nunca sería causa de nulidad: "Pues bien, esta cuestión ya ha sido examinada por este Tribunal, en resolución nº 6328/2015 en la que ya vinimos a considerar que la configuración de los certificados de calidad como criterios de adjudicación no constituía un vicio determinante hablar de nulidad de pleno derecho, sino de nulidad relativa..."

En definitiva, no se trata de una exigencia que impida la licitación en plan de igualdad (los que poseen el certificado y los que no) sino del compromiso de obtenerlos, ante el que los licitadores tienen total libertad para asumirlo proponiendo el plazo máximo para acreditarlos. Por todo ello, el motivo debe desestimarse».

La cláusula impugnada en el presente motivo es del siguiente tenor literal:

«A. CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIO DE VALOR, HASTA 40 PUNTOS.

Criterios evaluables mediante juicio de valor	Puntuación
Proyecto de Organización y Gestión del Servicio	8
Plan de Explotación de los Servicios	16



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

<i>Plan de Gestión, Explotación, Mantenimiento y Conservación de las instalaciones y redes de abastecimiento de agua potable</i>	3
<i>Plan de control de calidad del agua suministrada</i>	2
<i>Plan de mejora del balance hidráulico del sistema de agua potable</i>	2
<i>Plan de Gestión y lectura de contadores</i>	1,5
<i>Plan de Gestión, Explotación, Mantenimiento y Conservación de las instalaciones y redes de alcantarillado</i>	3
<i>Plan de Gestión Comercial</i>	1
<i>Plan de calidad de los servicios. Gestión de la calidad, riesgos laborales y gestión ambiental</i>	1
<i>Plan de innovación y herramientas de gestión</i>	1
<i>Avance del Plan de Emergencias del Servicio de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado</i>	1,5
Mejoras ambientalmente sostenibles	4
<i>Medidas de ahorro en el consumo de agua, tanto para el consumo doméstico como para el uso municipal, incluidos los consumos destinados a riego de parques y jardines</i>	1,5
<i>Reducción de Consumo de Energía</i>	1,5
<i>Mejora en la gestión de residuos y/o reducción en la generación</i>	0,5
<i>Reducción de emisiones atmosféricas (gases contaminantes, lumínicas, ruido, etc.)</i>	0,5
Criterios sociales	2
<i>Formación del personal</i>	1
<i>Plan de igualdad y conciliación de la vida laboral y familiar</i>	1
Definición y Planificación de Inversiones	10
<i>Diagnóstico de las infraestructuras y del funcionamiento del servicio</i>	2
<i>Análisis de alternativas para la optimización del servicio</i>	2
<i>Propuesta de actuaciones de inversión a partir del diagnóstico realizado a cargo del canon variable de mejora de infraestructuras hidráulicas</i>	6
TOTAL	40

(...)».

Pues bien, este Tribunal no puede sino constatar que la premisa básica sobre la que se funda el presente motivo de recurso, esto es, el hecho de que se haya configurando en el PCAP impugnado un criterio de adjudicación en torno a la exigencia de un certificado de calidad, no concurre a la vista de la claúsula recién transcrita, por lo que no cabe sino rechazarlo sin necesidad de entrar en ninguna consideración jurídica.

QUINTO.- Finalmente, el primer motivo del recurso presentado por “GESTIÓN



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A." –recurso nº 127/2019– se centra en denunciar la cláusula 13 del PCAP, relativa a la figura del responsable del contrato. La citada cláusula regula lo siguiente:

«*13.1. La Junta de Gobierno Local, actuando por delegación del Órgano de Contratación, designará un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de sus facultades recogidas en el PPT.*

13.2. Este responsable del contrato actuará en defensa del interés general, en los términos establecidos por el artículo 62.3 LCSP.

13.3. Dicho responsable podrá ser persona física o jurídica, vinculada con el Órgano de Contratación o no.

13.4. El adjudicatario no podrá oponerse a la designación realizada por el Órgano de Contratación, cualquiera que sea la opción por la que este opte.

13.5 Tanto la retribución del responsable del contrato, cuando se designe a tal efecto a una persona física o jurídica ajena a la entidad contratante, como la realización de estudios, análisis o controles puntuales de la actividad del Concesionario que sean contratados por el Órgano de Contratación con personas físicas o jurídicas ajenas al mismo, serán por cuenta del Concesionario por un importe mínimo del 1% y máximo del 3% de los ingresos obtenidos por éste en cada anualidad. El Órgano de Contratación deberá destinar dicha cantidad al pago de la efectiva supervisión de la ejecución del contrato por parte del responsable del contrato».

En el escrito de recurso se argumenta lo siguiente:

«*La Cláusula 13. RESPONSABLE DEL CONTRATO, impone la obligación al Concesionario de sufragar a costa de la minoración de sus beneficios, la vigilancia y supervisión de su ejecución, siendo esta una obligación inherente a la Administración que no es objeto del contrato. Los pliegos de este contrato de concesión de servicios comprometen a la administración a tramitar, durante los 20 años de prestación, nuevos expedientes de contratación sucesivos para satisfacer este otro contrato distinto y subyacente al principal y que debería ser*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ajeno a este expediente de contratación.

(...)

Esta cláusula se remite al artículo 62 de la LCSP para describir al responsable del contrato y delega en el Concesionario la obligación de hacerse cargo de la retribución de este responsable del contrato a través de un porcentaje variable entre el 1% y el 3% de los ingresos obtenidos en cada anualidad. Consideramos que esta cláusula es contraria a Derecho por encubrir un gasto, que debe ser asumido por el Ayuntamiento de Calatayud como órgano de contratación al que le compete su designación y no por el Concesionario.

No se trata por tanto de un gasto propio del servicio, sino de un gasto presupuestario municipal. El presente Expediente de contratación tiene por objeto la Concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado del municipio de Calatayud, es decir, en ningún caso la supervisión de la ejecución de éste.

Sirva de ejemplo el proceder de una entidad supramunicipal de reconocido prestigio como es Infraestructuras del Agua de Castilla-La Mancha a la hora de afrontar la labor de vigilancia y control de los contratos que licita. Paralelamente a los contratos más importantes de explotación y mantenimiento de sus instalaciones licita también los contratos de servicios para la dirección y control de explotación de estos (https://contrataciondelestado.es/wps/poc?uri=deeplink:detalle_licitacion&idEvl=hFhbbbGFrr mmq21uxhbaVQ%3D%3D) sin incluir una partida de gastos para la vigilancia y control de un contrato para poder sufragar otro cuyo objeto es diferente.

De cualquier manera, este tipo de servicio deberá estar completamente desvinculado del que es objeto del Expediente que nos ocupa.

Si analizamos el artículo 62 de la Ley de Contratos del Sector Público, respecto al Responsable del Contrato, se dispone lo siguiente:

1. Con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él.

2. En los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato serán ejercidas por el Director Facultativo conforme con lo dispuesto en los artículos 237 a 246.

3. En los casos de concesiones de obra pública y de concesiones de servicios, la Administración designará una persona que actúe en defensa del interés general, para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra.

A la vista del texto legal se observa que nada se dice respecto a la retribución de este responsable del contrato. No es por tanto ajustado a la norma exigir en un contrato de concesión de servicios que el concesionario asuma este coste, cuando no forma parte del objeto del contrato objeto de la licitación.

De la misma forma se recoge el Pliego de Prescripciones Técnicas, en su Cláusula 19, que dispone:

CLÁUSULA 19. SEGUIMIENTO Y CONTROL DEL SERVICIO

19.1 Control e inspección de la concesión administrativa.

El Ayuntamiento, como administración contratante, en relación con la concesión administrativa de los servicios, tendrá la potestad de vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario, pudiendo inspeccionar el servicio, sus obras, instalaciones y locales, así como la documentación relacionada con el objeto de la concesión, conservando además los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha del servicio público que gestione el Concesionario.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 62 de la LCSP, el Ayuntamiento designará un Responsable del Contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada. El Responsable del Contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada al Ayuntamiento o ajena a él.

Tanto la retribución del Responsable del Contrato, cuando el Ayuntamiento designe a tal efecto a una persona física o jurídica ajena al mismo, como la realización de estudios, análisis o controles puntuales de la actividad del Concesionario que sean contratados por el Ayuntamiento con personas físicas o jurídicas ajenas al mismo, serán por cuenta del Concesionario por un importe mínimo del 1,0%, y hasta un máximo del 3,0% del importe facturado por éste en cada anualidad.

(...)

En cualquier caso, de considerar el Ayuntamiento esta partida de gasto recurrente anual totalmente necesaria para la buena ejecución del objeto del contrato, en vez de formar parte de un criterio de adjudicación mediante fórmulas, que no redunda directamente en la mejora de la calidad ni en el precio del servicio prestado, pensamos que debería formar parte las partidas de gastos de explotación y no de los cánones puntuables vinculados a los ingresos.

De hecho, considerar este gasto administrativo como un canon variable proporcional a los ingresos, vincula a éste indirectamente con la fórmula de revisión de precios en la que entran en juego factores de indexación que poco o nada tienen que ver con la labor de seguimiento de la ejecución del contrato, como son: la variación unitaria del precio del mantenimiento, la variación unitaria del precio de la energía o la variación del precio de los cánones de vertido y de regulación; según lo establecido en el PCAP.

La cuantía y el alcance de esta partida deberían de estar valoradas y definidas en los pliegos y no pertenecer a un arco discrecional, a elección del licitador, de entre el 1 y 3 % de los ingresos. Además, resulta previsible que todos los licitadores ofertarán el máximo de este criterio, afectado por un umbral de saciedad, para obtener la máxima puntuación, es decir, 48.771 € a destinar a estas labores para el primer año y recurrentemente aumentado por la fórmula



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de revisión año tras año; partida que consideramos exageradamente elevada en comparación con otras que sí influyen en la calidad del servicio, como por ejemplo, el control analítico 12.141 €, el control de vertidos 15.000 €, la energía eléctrica 28.657 € o los reactivos 16.635 €.

Desde luego que comprometer un gasto tan elevado en una partida muy poco definida en los pliegos y superficialmente vinculada con la calidad del servicio y el objeto del contrato, no parece propio del principio de eficiencia presupuestaria, ni de la mejor relación calidad-precio en la prestación contractual por la que abogan últimas tendencias en materia de contratación y, si se nos permite, de nuestra filosofía de optimización de los recursos municipales y de excelencia en la prestación del servicio».

Por su parte, el órgano de contratación en su informe señala que:

«Resulta lógico que, atendiendo a la complejidad del contrato, con una inversión superior a los cuatro millones de euros y la gestión del sistema de abastecimiento y agua potable de una población de más de 20.000 habitantes, el órgano de contratación contemple la existencia de un representante del contrato ajeno al Ayuntamiento que ejerza las funciones de inspección, asesoramiento y control sobre los diferentes aspectos contractuales (socio laborales, medioambientales, económicos, etc.) y, asimismo, prevea un sistema de control y seguimiento del concesionario del servicio que incluya la realización de estudios, análisis o controles puntuales, llevado a cabo por terceros ajenos, las partes contratantes que permitan mantener un nivel de exigencia máximo en el cumplimiento del contrato por parte del concesionario, y ello al margen de las analíticas y ensayos que con carácter legal debe cumplimentar el propio concesionario, siendo la finalidad de esta partida que sirva para costear los gastos de la supervisión de la ejecución del concesionario de sus obligaciones contraídas en la prestación del servicio lo que redundará en una mayor calidad, eficiencia y eficacia en la prestación y su inclusión en los pliegos está plenamente justificada dada su vinculación con el objeto del contrato, tal y como exige la LCSP.

Por todo ello debe desestimarse».



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Pues bien, expuestos los términos del debate, hay que partir del régimen establecido en el PCAP impugnado, cláusulas 13 y 17.1.B, –la primera ha sido reproducida con la transcripción literal del escrito de recurso y la segunda lo ha sido en el Fundamento de Derecho Segundo–.

Es también fundamental, para resolución del asunto, la cláusula 38.3 del PCAP, la cual prescribe:

«*El Órgano de Contratación percibirá los siguientes cánones:*

El órgano de contratación percibirá un importe destinado al seguimiento y control de la gestión del servicio, que se fijan como mínimo en un 1% y como máximo en un 3% del importe facturado por el Concesionario durante el ejercicio, derivado de la aplicación de las tarifas, por cualquiera de los conceptos regulados en las Ordenanzas de aplicación, excepto el IVA aplicable y cualquier otro tributo, estatal o autonómico que sea repercutible a los usuarios de los servicios afectados.

El Órgano de Contratación destinará el importe de seguimiento y control a financiar a la empresa o personal que supervise y compruebe la gestión realizada de los servicios de abastecimiento de agua potable y alcantarillado».

En el estudio de viabilidad económico-financiera que obra en el expediente administrativo (folio 62), dentro del apartado 9.7 titulado *Proyecciones*, se establece en el 9.7.1 relativo a *Hipótesis de proyección*:

«*Se tiene en cuenta una partida de seguimiento y control.....(16.257 €/año)».*

En cuanto a la regulación legal relativa a la figura del responsable del contrato, el artículo 62 de la LCSP dispone:

«*1. Con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan. El responsable del contrato*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

podrá ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él.

2. En los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato serán ejercidas por el Director Facultativo conforme con lo dispuesto en los artículos 237 a 246.

3. En los casos de concesiones de obra pública y de concesiones de servicios, la Administración designará una persona que actúe en defensa del interés general, para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra».

También resulta necesario, para resolver la presente cuestión, atender a otros preceptos de la LCSP. Así, el artículo 101.1.b) y 2 de la citada ley prevé respecto al valor estimado del contrato que: «*En el caso de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, el órgano de contratación tomará el importe neto de la cifra de negocios, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, que según sus estimaciones, generará la empresa concesionaria durante la ejecución del mismo como contraprestación por las obras y los servicios objeto del contrato, así como de los suministros relacionados con estas obras y servicios. 2. En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial».*

Por otro lado, también resulta de interés para la resolución del presente caso el artículo 29 de la LCSP que –en sus apartados 6 y 9– preceptúa lo siguiente:

«6. Los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios tendrán un plazo de duración limitado, el cual se calculará en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Si la concesión de obras o de servicios sobrepasara el plazo de cinco años, la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

duración máxima de la misma no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos.

Las inversiones que se tengan en cuenta a efectos del cálculo incluirán tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión.

(...)

9. El período de recuperación de la inversión a que se refieren los apartados 4 y 6 de este artículo será calculado de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española».

Asimismo, cabe tener en cuenta el artículo 148 de la LCSP que, respecto a la definición del ciclo de vida de un servicio a efectos de determinar el cálculo del coste del mismo, contempla que:

«(...) se entenderán comprendidos dentro del “ciclo de vida” de un producto, obra o servicio todas las fases consecutivas o interrelacionadas que se sucedan durante su existencia y, en todo caso: la investigación y el desarrollo que deba llevarse a cabo, la fabricación o producción, la comercialización y las condiciones en que esta tenga lugar, el transporte, la utilización y el mantenimiento, la adquisición de las materias primas necesarias y la generación de recursos; todo ello hasta que se produzca la eliminación, el desmantelamiento o el final de la utilización».

También procede traer a colación lo dispuesto en el artículo 285.2 de la LCSP, que prevé: *«2. En los contratos de concesión de servicios la tramitación del expediente irá precedida de la realización y aprobación de un estudio de viabilidad de los mismos o en su caso, de un estudio de viabilidad económico-financiera, que tendrán carácter vinculante en los supuestos en que concluyan en la inviabilidad del proyecto. En los casos en que los contratos de concesión de servicios comprendan la ejecución de obras, la tramitación de aquel irá*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

precedida, además, cuando proceda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 248.1, de la elaboración y aprobación administrativa del Anteproyecto de construcción y explotación de las obras que resulten precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización; y, además, de la redacción, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto de las obras».

A la vista del régimen legal aplicable, este Tribunal considera que el gasto correspondiente a la retribución del responsable del contrato y el derivado de la realización de estudios, análisis, o controles puntuales con el objeto de supervisar la ejecución del contrato, carecen de la necesaria relación directa con el objeto del contrato que se licita, de acuerdo con las prestaciones del mismo –definidas en la cláusula 1 del PCAP– y, aunque sea un gasto cuya necesidad surge de la misma contratación y derivada exclusivamente de ella, se entiende que no puede considerarse como un coste indispensable para la correcta realización de la actividad objeto del contrato, con arreglo a la definición que de él se da en el artículo 3.2 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, pues a pesar de que la figura del responsable del contrato, viene impuesta por ministerio de la ley –artículo 62.3 de la LCSP– y además, de forma específica, para las concesiones de servicios, como en el presente caso, con la misión de defensa del interés general, sin embargo es una obligación que no pesa sobre el contratista sino sobre la Administración, que además ha de cumplir con sus medios propios o, a falta de éstos, con externos; de ahí que no pueda trasladarse a la economía de la concesión el gasto correspondiente a los honorarios del responsable del contrato –tal y como ya ha quedado de manifiesto–, de manera que dicho coste en modo alguno puede incluirse en la cuantificación del valor estimado del contrato, pues dicha magnitud económica deben atender, en todo caso, a lo dispuesto en el artículo 101 de la LCSP.

Por tanto, resulta trasladable aquí lo señalado en nuestro Acuerdo 99/2019, de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

26 de julio:

«Las condiciones económicas del contrato revisten un carácter esencial, tanto en fase de adjudicación donde debe garantizarse que las licitadoras puedan tener conocimiento de las mismas de cara a elaborar sus ofertas, como posteriormente en la ejecución del contrato, para que éste pueda ser llevado a efecto, de acuerdo con los planteamientos que sirvieron de base a la licitación, y con el contenido de la oferta seleccionada. Por ello este Tribunal administrativo, a la vista de lo expuesto, no puede sino concluir que la falta de desglose del presupuesto de licitación, y por ende la indeterminación en la cuantificación de las prestaciones según establece la cláusula 2 del PPT, conlleva que el contrato no tiene un precio cierto que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada, lo que supone una vulneración del artículos 100, 102 y 301 de la LCSP, siendo estos extremos por tanto determinantes de la falta de proporcionalidad de las obligaciones que corresponden a las partes durante la ejecución del contrato, en cuanto a que no está garantizado el equilibrio entre ellas, de forma tal que ninguna obtenga un enriquecimiento injusto».

Es igualmente relevante cuanto se enuncia en el Informe 56/04, de 12 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, sobre la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de cláusulas que establecen la obligación del contratista de abonar a su cargo los honorarios de dirección de obras, figura similar o equivalente al responsable de obra, puesto que el propio artículo 62.2 señala que las facultades de este último, en los contratos de obras «ejercidas por el Director Facultativo». El meritado Informe se expresa en los términos siguientes:

«En cuanto a los primeros –gastos de dirección de obra– la cuestión ha sido abordada por esta Junta en sus informes de 30 de junio y 23 de diciembre de 1999, de 28 de febrero de 2003 y de 7 de junio de 2004 (expedientes 26/99, 51/99, 1/03 y 26/04), utilizando los dos últimos citados las siguientes palabras: “La cuestión de la financiación por el contratista de los honorarios de un contrato de dirección de obras fue abordada por esta Junta en sus informes de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

30 de junio, y de 23 diciembre de 1999 (expedientes 26/99 y 51/99) ambos emitidos a solicitud del Presidente de la Diputación de Burgos. En dichos informes se llegaba a la conclusión de que la cláusula de un contrato que supone que la financiación del contrato de dirección de obras, la lleva a cabo el adjudicatario del contrato de obras, debe considerarse nula por contradecir el artículo 11.2 e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y dicha conclusión debe reiterarse en el presente caso afirmando que los gastos de dirección del Técnico de Director de la obra, tiene que asumirlos la Administración, bien a través de sus propios técnicos, bien mediante el correspondiente contrato de consultoría y asistencia, sin que dichos gastos puedan, en consecuencia, considerarse incluidos en el concepto de gastos generales del presupuesto de la obra, ni pretender sean satisfechos por el adjudicatario del contrato de obras mediante incremento del precio del contrato. El artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al establecer los conceptos que se incorporan al presupuesto de ejecución material para fijar el presupuesto base de licitación, que dará lugar al importe del contrato, no contempla los gastos de dirección de obra, por cuanto detalla con precisión en la letra a) del concepto 1. Gastos generales de estructura que incidan sobre el costo de las obras y demás derivados de las obligaciones del contrato, entre los que no se encuentran los de dirección de obra que no son gastos propios del contrato, sino que, en su caso, son propios de un contrato de consultoría y asistencia previsto en el artículo 196.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cuando se produce el supuesto previsto en su artículo 202.1, concertado entre el órgano de contratación, en este caso el Ayuntamiento, y el técnico que actuará como Director de obra, sin que sea parte del mismo la empresa adjudicataria del contrato de obras, contrato para cual debe acreditar conforme al artículo 11.2 de la Ley que dispone de crédito adecuado y suficiente. Adviértase en tal sentido que toda la actuación que desarrolla el Director de obra regulada en la Ley y en el Reglamento está dirigida a cumplir su función como representante de la Administración, no como empleado del contratista". Los anteriores



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

razonamientos son perfectamente aplicables al supuesto presente. Consideraciones análogas deben realizarse en cuanto a los segundos –gastos de coordinación de seguridad y salud- ya que hay que tener en cuenta que el artículo 124.1, letra h), considera que forma parte del proyecto “el estudio de seguridad y salud o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud en los términos previstos en las normas de seguridad y salud en las obras” (hoy Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre) y, por tanto, los gastos de honorarios del coordinador del estudio tiene que asumirlos la Administración, bien si elabora el proyecto a través de sus propios técnicos, bien mediante el correspondiente contrato de consultoría y asistencia, sin que dichos gastos pueda, en consecuencia considerarse incluidos en el concepto de gastos generales del presupuesto de la obra».

Cabe también invocar la doctrina sentada por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en la Resolución 214/2017, de 23 de octubre, con mención a doctrina judicial y administrativa relevante, respecto a un caso que puede considerarse asimilable al presente, pues en el pliego impugnado se obliga al adjudicatario a asumir los costes relativos a las prestaciones desarrolladas por la consultora que había realizado los trabajos para la asistencia al Ayuntamiento de apoyo en la redacción de los pliegos, asistencia a la Mesa de contratación y caracterización. En ella se afirma lo siguiente:

«En definitiva, estamos ante servicios propios que ha de soportar el órgano de contratación y que no pueden ser trasladados al contratista ni tan siquiera por el principio de libertad de pactos. En ese sentido se ha manifestado la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, en sus Sentencias 1935/2013, de 11 de noviembre y 2232/2013, de 20 de diciembre, que determinan que “la Sala haciendo aplicación de los preceptos citados y del criterio expuesto por la Sala de Valladolid concluye que la cláusula 7.6, párrafo segundo, y la cláusula 8, párrafo segundo, del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares infringen el art. 131 del Reglamento de Contratación por cuanto que, al incluir los honorarios de la dirección facultativa



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

e inspección e las obras y los honorarios de coordinación y dirección de la seguridad y salud de la mencionada obra en el presupuesto base de licitación del presente concurso, está necesariamente trasladando al contratista - adjudicatario de la obra o del contrato- la asunción de unos gastos y de unos costes que no le corresponden y que no le pueden corresponder, primero porque no pueden integrar ni el presupuesto de ejecución material y tampoco el presupuesto base de licitación, según el trascrito artículo 131, y segundo porque los profesionales que deben llevar a cabo tales funciones debe asumirlos la propia Administración en su condición de promotora y dueña de la obra, bien porque tales labores van a ser llevadas a cabo por sus propios técnicos o bien porque se va a llevar a efecto por profesionales expresamente contratados al efecto por dicha Administración, y por ello en uno y en otro caso por personal dependiente profesionalmente de la propia Administración (...)".

Asimismo, en cuanto a la imposibilidad de trasladar al contratista servicios que son propios y a cargo del órgano de contratación, ni tan siquiera por el principio de libertad de pactos, conviene traer a colación el Informe 18/1997, de 14 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que en su conclusión cuarta dispone "Que en cuanto a la posibilidad de exigir aportaciones en nuevas licitaciones con destino a solventar deudas con el anterior adjudicatario se reitera el criterio de su carácter irregular expuesto en el informe de esta Junta de 21 de diciembre de 1995 (Expediente 44/95)".

En su informe al recurso, el órgano de contratación alega que los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, no son extrapolables al supuesto que nos ocupa, en síntesis, por las siguientes razones: i) no nos encontramos ante un contrato de obras, por lo que no resultaría de aplicación el artículo 131 del RGLCAP, ii) el Ayuntamiento cuenta con crédito suficiente y adecuado para la financiación del contrato de asistencia técnica suscrito con la empresa que ha llevado a cabo los trabajos de asistencia al Ayuntamiento en la redacción de pliegos, asistencia a mesas de contratación y caracterización y iii) en los supuestos del citado Tribunal Superior de Justicia los gastos que se trasladan al adjudicatario son de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

actuaciones correspondientes a la fase de ejecución del contrato y, por tanto, posteriores a la adjudicación.

Sin embargo, dichos razonamientos no desvirtúan el hecho de que estamos ante servicios propios del órgano de contratación que ha de soportarlos, sin que puedan ser trasladados al contratista ni tan siquiera por el principio de libertad de pactos. En este sentido, las mencionadas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León afirman que la presente licitación está necesariamente trasladando al contratista -adjudicatario de la obra o del contrato- la asunción de unos gastos y de unos costes que no le corresponden y que no le pueden corresponder, entre otras cosas, porque los profesionales que deben llevar a cabo tales funciones deben ser asumidos por la propia Administración en su condición de promotora y dueña de la obra, bien porque tales labores van a ser llevadas a cabo por sus propios técnicos o bien porque se va a llevar a efecto por profesionales expresamente contratados al efecto por dicha Administración, y por ello en uno y en otro caso por personal dependiente profesionalmente de la propia Administración y por tanto a su cargo.

También el órgano de contratación en su informe al recurso para apoyar su argumento de que la cláusula objeto de controversia está amparada por el principio de libertad de pactos, trae colación la Resolución 41/2015, de 8 de abril el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Sin embargo, a juicio de este Tribunal, el supuesto allí analizado no es asimilable al examinado en la presente resolución. En aquel caso, se analizaba un contrato de suministro de absorbentes de incontinencia urinaria en el que una cláusula del pliego obligaba a que parte del precio del contrato debía ser abonado al contratista por los usuarios de los absorbentes, mientras que en el presente supuesto se pretende que el adjudicatario abone unas prestaciones que, como se ha analizado anteriormente, no tienen vinculación con el objeto del contrato que se licita, de acuerdo con lo exigido en el mismo, pues aquellas prestaciones tratan sobre estudios previos y asesoramiento al Ayuntamiento en la contratación.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Para defender sus argumentos el órgano de contratación, al final de su informe al recurso, cita determinada jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, relativas fundamentalmente al pago por los contratistas de las obras del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras y de la tasa por licencia de obras.

Al respecto, ha de manifestarse que, efectivamente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el hecho de que las tasas son exigibles a los contratistas de obras, incluso cuando se devenguen y exijan antes del inicio de las obras proyectadas. Ha sido así en las sentencias de 10 de mayo de 1985, de 10 de diciembre de 1985, de 28 de octubre de 1987, de 31 de mayo de 1994 o de 2 de febrero de 1998 -ésta última alegada por el órgano de contratación-.

En este sentido, el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento General de Contratación del Estado, ya derogado, daba cobertura a dicha posibilidad, pues se pronunciaba sobre la inclusión en el presupuesto de ejecución del contrato de las cargas fiscales y las tasas de la Administración legalmente establecidas que inciden sobre el coste de las obras.

Actualmente, el RGLCAP, se pronuncia sobre esta cuestión prácticamente en los mismos términos. Así, su artículo 131, bajo el epígrafe “Presupuesto de ejecución material y presupuesto base de licitación”, que tiene carácter básico, define ambos conceptos e incluye, en el presupuesto de licitación, entre otras partidas, las cargas fiscales y las tasas de la Administración legalmente establecidas. Siendo así que en el contrato de obras el presupuesto de licitación

incluye el coste de los gastos generales en que incurre el contratista, entre los que figuran los tributos, inclusión que tiene por tanto soporte legal, circunstancia que no ocurre en el supuesto examinado.

Por último, además de lo anterior, se produce una disminución real en el presupuesto de licitación del presente contrato, al incluirse una partida de gastos ajena a las prestaciones objeto del mismo y que no forma parte del



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

expediente de contratación, que las entidades licitadoras habrían de tener en cuenta al elaborar su ofertas.

En consecuencia, en base a las consideraciones expuestas a lo largo de la presente resolución, procede estimar el recurso interpuesto y, en consecuencia, anular el pliego de cláusulas administrativas particulares, en el sentido expuesto, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a la elaboración del mismo, a fin de que en el nuevo pliego que, en su caso, se apruebe se tenga en cuenta lo indicado en la presente resolución, debiendo convocarse una nueva licitación».

Por todo ello, se concluye que las meritadas cláusulas son disconformes a Derecho.

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

III. ACUERDO

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

SEGUNDO.- Estimar los recursos especiales presentados en nombre y representación de las mercantiles “ACCIONA AGUA SERVICIOS, S.L.”, “TÉCNICAS VALENCIANAS DEL AGUA, S.A.” y “GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A.” frente a los Pliegos que rigen el procedimiento referenciado y declarar la invalidez del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, de acuerdo con los términos que se recogen en la parte expositiva del presente Acuerdo.

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

CUARTO.- El órgano de contratación deberá dar conocimiento al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón de las actuaciones habidas en cumplimiento del presente Acuerdo.

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.