



Recurso nº 935/2014 C.A. Extremadura 035/2014

Resolución nº 931/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 18 de diciembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. D.S.P., en representación de ACCIONA AGUA, S.A., y por D^a M.O.C.H. y D. I.L.L., en representación de ACCIONA AGUA SERVICIOS, S.L., contra la resolución del Ayuntamiento de Cáceres de 20 de noviembre de 2014, por la que se acordó la adjudicación definitiva del contrato de “Gestión del servicio integral del agua en Cáceres” (expediente 2/2009), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 10 de agosto de 2010 se publicó en el BOP de Cáceres el procedimiento de licitación correspondiente al expediente 2/2009, de contratación de la gestión del servicio público del ciclo integral del agua, convocado por el Ayuntamiento de Cáceres. La licitación de dicho contrato se ajustó a los trámites previstos en la Ley 30/2007, de 3 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

A dicha licitación concurren cuatro empresas: ACCIONA AGUA, S.A., AGUAS DE CÁCERES, S.L., AQUALIA, S.A. y CANAL DE ISABEL II.

La cláusula 40 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (PCAP) exigía que en el Sobre B, relativo a la oferta técnica (documentación relativa a criterios de adjudicación ponderables en función de juicios de valor), se incluyesen los costes asociados en los apartados 1 (Proyecto de organización de los servicios propuestos) y 2 (metodología de gestión y mejora de los servicios propuestos).

Esa misma cláusula dispone que en el Sobre C (criterios evaluables mediante la aplicación de fórmula) los licitadores debían incluir la proposición económica y un estudio económico- financiero de la concesión comprensivo de la *“estructura de costes, excluido el IVA, que deben presentar los licitadores para la valoración de este criterio”*, según el desglose de costes que en la propia cláusula se establece.

Segundo. El 8 de noviembre de 2010 el Jefe de la Inspección de los Servicios Técnicos Municipales emitió informe de valoración del contenido de los Sobres B de las proposiciones de los licitadores, asignando las siguientes puntuaciones:

- a) CANAL DE ISABEL II: 33,29 puntos.
- b) AGUAS DE CÁCERES; S.L.: 30,60 puntos
- c) ACCIONA: 23,42 puntos.
- d) AQUALIA S.A.: 22,90 puntos.

Tercero. El 13 de diciembre de 2010 el Jefe de Inspección de los Servicios Técnicos Municipales emitió nuevo informe en el que hizo constar que *“para la elaboración del informe técnico realizado por el que suscribe el 8 de noviembre de 2010 no se han utilizado datos económicos (costes asociados) al no estar incluidos o bien detallados en ninguna oferta. Por ello, las valoraciones se han realizado, como se justifica en el informe, con criterios de juicio de valor y los datos objetivos existentes en la documentación aportada, y comparándose entre sí las distintas ofertas para la puntuación de los diferentes apartados”*.

Cuarto. La Mesa de Contratación consideró necesaria la emisión de un nuevo informe técnico en el que se otorgaran 0 puntos a los licitadores que no especificaron en el Sobre B los costes asociados a sus propuestas.

Dicho nuevo informe se emitió el 20 de diciembre de 2010 por el Jefe de la Inspección de los Servicios Técnicos Municipales, y en el mismo se adjudicaron 23,42 puntos a ACCIONA; 7,15 puntos a AQUALIA, S.A. y 6,05 puntos a AGUAS DE CÁCERES, S.L.

Quinto. Tras los trámites procedimentales oportunos, el informe de valoración de las proposiciones reflejó los siguientes resultados:

- a) CANAL DE ISABEL II: 58,44 puntos
- b) AQUALIA, S.A.: 57,94 puntos
- c) AGUAS DE CÁCERES, S.L.: 57,75 puntos.
- d) ACCIONA AGUA S.A.U.: 57,47 puntos

Sexto. La Mesa de Contratación formuló, el 28 de febrero de 2011, propuesta de adjudicación a favor de ACCIONA, S.A.U., propuesta que el Ayuntamiento Pleno, en sesión extraordinaria celebrada el 7 de marzo de 2011, acordó no aprobar.

Séptimo. El Ayuntamiento Pleno, en sesión celebrada el 17 de marzo de 2011, decidió que lo procedente era desistir del procedimiento de licitación y convocar una nueva licitación, solicitando informe a la asesoría jurídica de la Diputación de Cáceres sobre esta cuestión.

Dicho informe se emitió el 30 de marzo de 2011, en el sentido de considerar que el acuerdo de desistimiento incurriría en causa de nulidad de pleno derecho.

Octavo. Por acuerdo del Ayuntamiento Pleno de Cáceres de 13 de mayo de 2011 se acordó adjudicar provisionalmente el contrato a la empresa ACCIONA, S.A.U., adjudicación que se elevó a definitiva el 27 de julio de 2011.

Noveno. El procedimiento de contratación fue objeto de numerosos recursos.

Así, la decisión de la Mesa de Contratación de excluir de la licitación a la empresa CANAL DE ISABEL II por haber incluido documentos del Sobre C en el Sobre B, fue anulada en vía de recurso por el Ayuntamiento de Cáceres.

Contra esa decisión del Ayuntamiento se interpuso recurso contencioso- administrativo, que fue desestimado en la sentencia del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 2

de Cáceres de 1 de abril de 2013 (recurso 142/2011), confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en su sentencia de 18 de febrero de 2014 (recurso 109/2013).

Décimo. Por otra parte, la adjudicación del contrato fue objeto de tres recursos contencioso- administrativos ante el Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Cáceres, en los procedimientos ordinarios nº 301, 304 y 355/2011, interpuestos, respectivamente, por AQUALIA, S.A., AGUAS DE CÁCERES S.L. y CANAL DE ISABEL II.

Undécimo. Las sentencias del Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Cáceres de 24 de mayo y de 3 y 10 de junio de 2013 anularon los actos impugnados y ordenaron la retroacción del procedimiento de contratación al momento anterior a la decisión de la Mesa de Contratación de 20 de diciembre de 2010 de reducir la puntuación de los Sobres B en los que no se hubieran recogido los costes asociados.

Dichas sentencias fueron confirmadas por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en sentencias de 13 de febrero (recurso 188/2013) y de 18 de febrero de 2014 (recursos 189/2013 y 190/2013).

Duodécimo. En cumplimiento de dichas resoluciones judiciales se acordó la retroacción de las actuaciones y, previos los trámites procedimentales oportunos, por resolución del Ayuntamiento de Cáceres de 23 de septiembre de 2014 se acordó adjudicar provisionalmente el contrato de continua referencia a la empresa CANAL DE ISABEL II.

Decimotercero. El 10 de octubre de 2014 D. D. S. P., en representación de ACCIONA AGUA, S.A., y D^a M. O. C. H. y D. I. L. L., en representación de ACCIONA AGUA SERVICIOS, S.L., interpusieron recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación provisional de 23 de septiembre de 2014.

Decimocuarto. Por resolución 820/2014, de 31 de octubre (recurso 821/2014) el Tribunal acordó inadmitir el referido recurso especial, por tener por objeto un acto de adjudicación provisional acordado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto y, consecuentemente, no susceptible de recurso, dejando a salvo el derecho de los interesados para recurrir el acto de adjudicación definitiva del contrato.

Decimoquinto. El 20 de noviembre de 2014 el órgano de contratación acordó adjudicar definitivamente el contrato de continua referencia a la empresa CANAL DE ISABEL II.

Decimosexto. En esa misma fecha, D. D. S. P., en representación de ACCIONA AGUA, S.A., y D^a M. O. C. H. y D. I. L. L., en representación de ACCIONA AGUA SERVICIOS, S.L., interpusieron recurso especial contra la resolución de adjudicación definitiva del contrato, anunciando ante el órgano de contratación la interposición del recurso.

Decimoséptimo. Con fecha de 26 de noviembre de 2014 el órgano de contratación remitió a este Tribunal el expediente de contratación junto al informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

Decimooctavo. La Secretaría del Tribunal, el día 27 de noviembre de 2014, dio traslado del recurso especial a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo evacuado el trámite conferido la empresa CANAL DE ISABEL II, que con fecha de 3 de diciembre de 2014 se opuso a la estimación del recurso, y la empresa AGUAS DE CÁCERES, S.L., que en la misma fecha formuló alegaciones solicitando la desestimación del recurso especial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y con el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Extremadura de 16 de julio de 2012, publicado en el BOE de 9 de agosto de 2012.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello (artículos 42 y 85 del TRLCSP), pues interpone el recurso la empresa ACCIONA AGUA SERVICIOS, S.L.U., sucesora, en virtud de un supuesto de escisión parcial por rama de actividad, de la empresa a la que inicialmente se adjudicó el contrato impugnado (ACCIONA AGUA, S.A.), quien, *ad cautelam*, también firma el presente recurso especial.

Tercero. El contrato objeto de recurso es un contrato de gestión de servicios públicos que, para ser susceptible de recurso especial en materia de contratación, ha de reunir los dos requisitos establecidos en el artículo 40.1.c) del TRLCSP, esto es, superar los gastos de primer establecimiento, IVA excluido, el importe de 500.000 euros, y tener un plazo de duración superior a cinco años.

Concorre claramente el segundo de los requisitos apuntados, pues conforme a la cláusula 4 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (PCAP) la duración del contrato es de 24 años.

En cuanto al requisito relativo al importe de los gastos de primer establecimiento, el Tribunal viene interpretando dicha exigencia (por todas, Resoluciones 406/2014, de 23 de mayo, 500/2014, de 27 de junio, 586/2014, de 30 de julio, 695/2014, de 23 de septiembre, ó 748/2014, de 3 de octubre), como equivalente al importe previsto de los gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato debe asumir para la puesta en marcha del servicio. Aunque en el Pliego de Condiciones no se fija el presupuesto de gastos de primer establecimiento, sí establece que *“la inversión mínima anual queda determinada en la cantidad de 565.215,39 euros”*, y la cláusula 8 el PPT establece la obligación de aportar una serie de medios personales y materiales (vehículos, maquinaria, mobiliario, equipos, herramientas, instalaciones fijas...) que hacen suponer fundadamente que los gastos de primer establecimiento superarán los 500.000 euros, por lo que se entiende cumplido el referido requisito. Cabe añadir que el propio órgano de contratación ha admitido la concurrencia de dicha exigencia, al haber admitido y tramitado en su día un recurso especial interpuesto contra la resolución del Ayuntamiento de Cáceres de 27 de julio de 2011, por la que se adjudicó en su día el mismo contrato de gestión de servicios públicos que se considera, según consta en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Cáceres) de 13 de febrero de 2014.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 44.2.b) de la LCSP, esto es, dentro del plazo de quince días siguientes a aquél en el que el interesado tuvo conocimiento del acto impugnado.

Consta la formulación por la recurrente del anuncio previo al recurso exigido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

Quinto. Entrando en el fondo del asunto, la empresa ACCIONA fundamenta su recurso en los siguientes motivos:

1. Carácter vinculante del Pliego de Condiciones y necesidad de rechazar las proposiciones que lo incumplan. Este motivo de recurso se vincula a la actuación de la Administración contratante de valorar aquellas ofertas que no incluyeron los costes asociados que exigían los Pliegos, cuando lo procedente, a juicio de la recurrente, habría sido acordar su exclusión o, subsidiariamente, penalizar esta omisión en la valoración. Desarrolla extensamente la recurrente la relevancia que, a su entender, corresponde a los referidos costes asociados.

2. Inaplicación de la regla que impide impugnar los pliegos a quien los aceptó implícitamente al presentar una proposición, cuando los Pliegos estén incursos en causa de nulidad de pleno derecho. Entiende la recurrente que el Pliego de Condiciones incurre en nulidad por falta de precio cierto, invocando al efecto un informe de la Sección de Fiscalización del Tribunal de Cuentas que denuncia que ni el anuncio de convocatoria de la licitación ni los Pliegos recogen el presupuesto de licitación, el valor estimado del contrato, ni la fórmula de revisión de precios aplicable.

3. Vulneración del límite a las mejoras ofertadas en las proposiciones de CANAL DE ISABEL II y de AGUAS DE CÁCERES, S.L. (cláusula 40.VII.3 del Pliego de Condiciones), lo que, en opinión de la recurrente, debería haber determinado la exclusión o minusvaloración de sus ofertas.

4. Exceso de coste unitario en las ofertas de CANAL DE ISABEL II y de AGUAS DE CÁCERES (subapartado 4 del apartado VII de la cláusula 40 del Pliego de Condiciones).

5. Exceso de canon inicial propuesto por la empresa CANAL DE ISABEL II (cláusulas 16.1 y 40.VII.1 del Pliego de Condiciones)

6. Error en la actualización de la oferta de CANAL DE ISABEL II, con infracción de lo dispuesto en la cláusula 19 del Pliego de Condiciones, que señala que la solicitud de mantenimiento del equilibrio económico- financiero del contrato por determinadas causas sólo podrá tener lugar transcurridos cuatro años desde el comienzo de la prestación del servicio, siendo así que la adjudicataria propuso en su oferta actualizaciones de tarifas anuales del 2% desde el primer año.

7. Error en la inclusión en el Sobre B de la oferta de CANAL DE ISABEL II de determinados documentos del Sobre C.

Sexto. El órgano de contratación, en su informe al recurso, señala que gran parte de los motivos de recurso (necesario ajuste de las ofertas de los licitadores a las prescripciones de los pliegos, carácter vinculante de los pliegos de condiciones y rechazo de las proposiciones que los incumplan; necesario cumplimiento de las leyes y prevalencia de las causas de nulidad de pleno derecho sobre la aceptación del pliego por formular proposición; falta de comunicación y valoración de los costes asociados y sus consecuencias, incumplimiento del pliego a este respecto y actuaciones de la Administración, las opciones que tenía la Mesa y la necesaria exclusión de las licitadoras incumplidoras; la relevancia de los costes asociados, la valoración de la repercusión de los costes asociados de forma subsidiaria a la exclusión de proposiciones que no los incluyan; y el error en la inclusión de elementos del Sobre C en el Sobre B), ya han sido resueltas y confirmadas judicialmente, como indicó este Tribunal en su anterior Resolución 820/2014.

En cuanto al argumento relativo a la nulidad del Pliego por falta de precio cierto, remite a los escritos de contestación de la Secretaría General del Ayuntamiento al Tribunal de Cuentas, de fechas 20 de julio de 2010 y 12 de julio de 2013, en los que se parte de la concurrencia del supuesto de hecho previsto en el artículo 85.a) de la LCSP (*“aquellos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente por la*

Administración y deban ser presentados por los licitadores”), siendo éstos los que debían determinar en sus proposiciones el precio de ejecución del contrato en términos de coste unitario en euros/metro cúbico de agua, recogiendo además el Pliego de Condiciones el coste unitario de explotación del servicio, las tarifas a percibir por los usuarios, y el canon a satisfacer por el adjudicatario.

Aporta dictamen del Consejo Consultivo de Extremadura nº 141/2014 sobre interpretación de la cláusula de revisión de precios de este contrato, y remite, en cuanto a las invocadas infracciones al límite de las mejoras, el exceso de coste unitario y de canon inicial y el error en la actualización de la oferta de CANAL DE ISABEL II, al informe del Interventor Municipal que acompaña.

Séptimo. La empresa adjudicataria, CANAL DE ISABEL II, fundamenta sus alegaciones en los siguientes argumentos:

- La recurrente ha interpuesto el presente recurso especial antes de que se haya acordado y notificado el acto recurrido, pues según el sello de entrada del Tribunal la interposición del recurso tuvo lugar a las 9.47 horas del día 20 de noviembre de 2014, siendo así que la adjudicación definitiva se acordó por el Pleno de Ayuntamiento ese mismo día pero con posterioridad a la hora de interposición del recurso, habiendo sido emplazada la empresa CANAL DE ISABEL II por el Tribunal antes de haber sido notificada por el Ayuntamiento del acto impugnado.
- La recurrente plantea cuestiones que ya han sido resueltas por sentencias firmes, haciendo caso omiso de las indicaciones efectuadas a este respecto por el Tribunal en su anterior Resolución de 31 de octubre de 2014.
- De los pronunciamientos judiciales existentes se desprende que la valoración de la oferta técnica debe hacerse de conformidad con las puntuaciones otorgadas en el informe técnico de 8 de noviembre de 2010, sin tomar en consideración los costes asociados.

- La valoración de la oferta económica ha sido consentida por todos los licitadores. Es, por tanto, un acto consentido y firme y ya no puede ser revisada.
- Inexistencia de infracción al límite a las mejoras ofertadas, pues el límite del 75% del importe de las inversiones recogidas en el Anexo III del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) es un límite de valoración o cálculo que impide que las mejoras que superen dicho límite obtengan una puntuación superior a la máxima, pero que no determinan ni la exclusión ni la penalización de las ofertas que propongan mejoras superiores a ese límite.
- Ausencia de defectos en el coste unitario de la oferta de CANAL DE ISABEL II, siendo la cifra de 1,123 euros/metro cúbico la cantidad mínima que se ha de introducir en la fórmula a los efectos de puntuación, de tal forma que obtuvieron la misma valoración quienes tenían el mínimo (AQUALIA), quienes lo rebajaron a 1,222 (AGUAS DE CÁCERES), o quienes ofertaron una cantidad que, por redondeo, era equiparable al mínimo (como CANAL DE ISABEL II, que ofertó 1,1228).
- Inexistencia de exceso del canon principal en su oferta, pues aplicó a la misma la tasa de descuento prevista en el Pliego de Condiciones.
- Inexistencia de error en la actualización de su oferta. La cláusula 40.V.a) del Pliego de Condiciones dispone que los licitadores debían aportar un estudio económico- financiero de la explotación del Ciclo Integral del Agua, con una memoria explicativa, considerando una duración de 24 años y, como hipótesis, una inflación interanual del 2%. Sobre tal hipótesis se presentaron las ofertas, siendo así que la propia empresa recurrente, anterior adjudicataria del contrato, solicitó en su día una revisión tarifaria durante el primer año de la concesión, lo que dio lugar a la emisión de un informe al respecto por el Consejo Consultivo Extremeño.
- Imposibilidad de que el recurrente impugne los pliegos que aceptó al licitar, pues no concurre en ellos ninguna causa de nulidad.

La empresa adjudicataria concluye solicitando la apreciación de temeridad y mala fe en la recurrente, que invoca motivos de recurso que van contra la cosa juzgada y contra las indicaciones expresas del Tribunal al respecto, y que aprovecha instrumentalmente una sucesión abusiva de recursos y suspensiones para mantenerse de forma antijurídica en una concesión obtenida ilícitamente.

Octavo. Por su parte, la empresa AGUAS DE CÁCERES, S.L. se opone a la estimación del recurso de ACCIONA por entender que:

- Sólo cabe recurrir actos del procedimiento de contratación posteriores al momento de retroacción ordenado por las sentencias recaídas, siendo extemporánea la impugnación de los Pliegos, y siendo cosa juzgada los pronunciamientos relativos a los costes asociados, el límite de las mejoras ofertadas, el exceso de coste unitario o el exceso de canon inicial.
- El objeto del recurso especial sólo pueden ser los actos posteriores a la retroacción que, aun en estricta ejecución de sentencia, resulten contrarios a Derecho por otros motivos diferentes de los analizados, debatidos y resueltos en los pleitos precedentes.
- Niega la existencia de exceso de coste en su oferta y añade que existe un mero error de cuenta en la cuantificación total de las mejoras por ella ofertadas, como se desprende del desglose de sus diferentes partidas.

Noveno. El Tribunal constata que la empresa recurrente reproduce literalmente los mismos motivos sustantivos de recurso que alegó en el anterior recurso especial, interpuesto contra el acto de adjudicación provisional, contraviniendo así las indicaciones efectuadas en la Resolución 820/2014, de 31 de octubre, en la que se indicó textualmente lo siguiente:

“Los argumentos anteriores llevan necesariamente a la conclusión de que debe inadmitirse el presente recurso, sin perjuicio de que, una vez acordada la adjudicación definitiva, pueda interponerse contra la misma recurso especial, si se estimara que concurren motivos para ello. A este respecto el Tribunal, considerando las aludidas

razones de interés público y el efecto suspensivo automático que conlleva toda impugnación de la adjudicación, ha de advertir que no procede volver a plantear en sede de recurso cuestiones que ya han sido examinadas, resueltas y confirmadas judicialmente, como ocurre con buena parte de los motivos que la recurrente articula en el presente recurso especial (relevancia de la inclusión de los costes asociados en el Sobre B); carácter obligatorio de los Pliegos y de la cláusula 40 del PCAP en particular, que exige incluir en el Sobre B) de la oferta técnica los costes asociados; procedencia de rechazar o penalizar las ofertas que no incluyeron en el sobre B) los referidos costes asociados).

Efectivamente, las sentencias a las que se ha hecho referencia abordan expresamente los efectos de la falta de inclusión en el Sobre B de los costes asociados, y anulan la decisión de la Mesa de otorgar 0 puntos a las ofertas que se encontraban en esa situación, por considerar que el conocimiento de los referidos costes asociados (que debían constar también en el Sobre C) no era imprescindible para efectuar la valoración técnica, como declaró el técnico que realizó el primer informe de valoración de 8 de noviembre de 2010. Así, el Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 1 de Cáceres de 24 de mayo de 2013, confirmada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 18 de febrero de 2014, afirma lo siguiente: ‘de la literalidad del pliego no resulta que la consecuencia de la no inclusión de costes asociados (en el Sobre B) fuese conceder cero puntos (...). Si para hacer la valoración técnica no era indispensable disponer de esos costes, la decisión de no otorgar puntuación a las licitadoras que no los habían explicitado en el sobre B fue excesivamente rigorista, máxime teniendo en cuenta que esos costes sí se aportaron en el sobre C, y que los facilitados por la codemandada ACCIONA en el sobre B eran muy generales (...) pues la discusión no se centra en la conveniencia o no, para poder elegir la oferta más ventajosa, de esos costes asociados (es clara su importancia, como lo evidencia que los mismos debían reflejarse en el Plan Económico- Financiero a aportar en el Sobre C), sino si el conocimiento de esos costes devenía imprescindible para poder emitir un juicio de valor sobre las propuestas presentadas. Así centrado el debate, hemos

de convenir con la recurrente que la bondad técnica de las propuestas resultaba de sus características y no de su coste'. Por ello anuló la primera adjudicación, basada en la reducción de las puntuaciones de las ofertas cuyos Sobres B) no recogieron los costes asociados, y ordenó retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la decisión de la Mesa de otorgar 0 puntos a las ofertas que no especificaron tales costes asociados en el Sobre B) de sus propuestas.

Este Tribunal no puede revisar por vía de recurso especial pronunciamientos judiciales emitidos por los órganos jurisdiccionales competentes, contra cuyas sentencias podrán accionar los interesados a través de los cauces procedimentales correspondientes, entre los que no se incluye el recurso especial en materia de contratación del TRLCSP. Lo que, en aras del interés público y del principio de economía procedimental, se ha de recordar a la recurrente para su toma en consideración, en caso de interposición de nuevo recurso especial contra la adjudicación definitiva”.

El Tribunal reitera los argumentos de la Resolución 820/2014 parcialmente transcrita. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 18 de febrero de 2014 confirma con rotundidad los pronunciamientos del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Cáceres, desestimando el recurso de apelación de ACCIONA con base, entre otros, en los siguientes razonamientos:

“El siguiente paso, como se ha expuesto, será determinar que la conclusión de carácter jurídico- técnico que se ha adoptado es correcta, pues no debe olvidarse que el órgano técnico que emite los informes valorativos puntuó sin problema las proposiciones inicialmente pese a carecer de los costes asociados. Como tiene declarado la jurisprudencia, la Administración tiene un margen de discrecionalidad en el momento de valorar la proposición más ventajosa y también puede acudir a una interpretación y aplicación de las cláusulas razonable (STS 24 de enero de 2006) y no puede prescindir de los informes técnicos que apoyan una propuesta de adjudicación mediante apreciaciones subjetivas que no tengan apoyo real en dichos criterios objetivos (STS de 24 de junio de 2004). Esto precisamente, como también lo hace el Magistrado de

Instancia, entendemos que es lo que ha ocurrido. La Mesa ha adoptado en el fondo un criterio técnico- jurídico, no motivado ni respaldado por los pliegos y contrario al informe técnico existente. No puede olvidarse un dato que consideramos importante y es que el sobre B contiene proposiciones técnicas susceptibles de juicios de valor y no proposiciones económicas. Estas últimas se contienen en el sobre C, y es precisamente en dicho sobre, donde de manera justificada se tenían que detallar los costes asociados. Por tanto, el criterio adoptado por la Mesa excede de lo previsto en el Pliego en relación con la Normativa Contractual. A ello debe añadirse que en el ámbito administrativo contractual y más aun si cabe en el contrato de gestión de servicios públicos, cobra relevancia esencial con el fin de dar un servicio público adecuado, el criterio de la ‘oferta más ventajosa’. Los pliegos deben interpretarse de esta manera. (...) Tiene difícil razonamiento por tanto, adjudicar un servicio público tan importante como es el servicio integral del agua a una empresa por una estricta cuestión cuasi- formal, cuando el informe técnico y el pericial judicial emitido en otro procedimiento y realizado de manera objetiva la situaba a bastante diferencia de las dos primeras. Compartimos asimismo las conclusiones del Magistrado de instancia realizando una interpretación literal, sistemática y funcional, para entender que una vez adoptada por la Mesa de Contratación la posibilidad de continuar con el proceso concurrencial, la decisión de la Mesa excede de lo que podría deducirse de los Pliegos, máxime cuando el técnico asegura (como así lo hizo) que podía valorar las ofertas sin necesidad de que figurasen los costes asociados en ese sobre B. En consecuencia entendemos que el Magistrado, no sólo no realiza e introduce un criterio ‘ex novo’ sino que por el contrario se limita a interpretar el pliego conforme a la legalidad, examinando una cláusula cuya oscuridad no puede perjudicar a los licitadores.”

A la vista de los referidos pronunciamientos judiciales, el Tribunal da por reproducidas las manifestaciones efectuadas en su anterior Resolución 820/2014, de 31 de octubre, siendo improcedente entrar a examinar cuestiones ya resueltas y confirmadas judicialmente. Ello afecta a los motivos de recurso incluidos en los apartados III.1. A) (“Carácter vinculante de los Pliegos de Condiciones: rechazo de las proposiciones que

los incumplan”), III.1.B) (“Necesario cumplimiento de las leyes: prevalencia de las causas de nulidad de pleno derecho sobre la aceptación del pliego por formular proposición”), III.3. (“Falta de comunicación y valoración de los costes asociados: consecuencias”), apartados A) (“Incumplimiento del pliego a este respecto: actuaciones de la Administración”); B) (“Las opciones que tenía la Mesa: necesaria exclusión de los licitadores incumplidoras”); C) (“Relevancia de los costes asociados”) y D) (“Valoración de la repercusión de los costes asociados de forma subsidiaria a la exclusión de proposiciones que no los incluyen”).

Y el Tribunal aprecia mala fe y temeridad en la conducta de ACCIONA, que insiste en plantear en sede de recurso especial cuestiones ya resueltas y confirmadas judicialmente, contra la expresa indicación del Tribunal al respecto. Ello determina la imposición a la recurrente de una multa de 3.000 euros, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Décimo. La misma suerte ha de correr el motivo de recurso III.5.D, “Error en la inclusión de elementos del Sobre ‘C’ en el Sobre ‘B’: consecuencias distintas de la exclusión”, que también es una cuestión resuelta y confirmada judicialmente.

En concreto, en la sentencia del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 1 de Cáceres de 1 de abril de 2013 (procedimiento nº 142/2011), declaró en este punto lo siguiente:

“Entendemos que la resolución del litigio tiene que venir dada, partiendo del tenor de la cláusula y de su confusa redacción, en determinar los efectos de los datos económicos que CANAL DE ISABEL II incluyó en el sobre B, si los mismos ya podían por sí, anticipar el contenido del sobre C, porque en dicho caso se estarían quebrantando los principios inspiradores de los concursos, en orden al secreto y la igualdad de trato. Y en este sentido la prueba ha sido clara y concluyente, no era posible conocer la oferta económica del Canal de Isabel II, a la vista del sobre B. Pero es más, los técnicos han afirmado, como hicieran en todo momento, que ellos no examinaron el CD con la propuesta económica cuando efectuaron la valoración del sobre B; la propuesta técnica fue valorada

conforme a la documentación aportada en papel, sin examinar el CD. Y dicha documentación no contenía propuesta económica. El examen posterior a instancia de la Mesa de Contratación tampoco conllevó alteración de su informe. Por tanto, estimamos que la resolución impugnada en cuanto se fundamentó en el informe de los técnicos es ajustada a Derecho, y respecta el principio de libre concurrencia”.

Dicho pronunciamiento judicial fue confirmado por la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 18 de febrero de 2014, que invoca el criterio jurisprudencial antiformalista del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional respecto a la existencia de errores observados en la documentación incluida en los sobres por los licitadores (con arreglo al cual *“lo relevante, sin embargo, no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir, que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores”*); y concluye, a la vista de la prueba practicada, *“que la inclusión del tan citado CD en el sobre B, ni influye en el secreto al que la Ley se refiere ni en la valoración definitiva...”*.

Los términos de las sentencias parcialmente transcritas son claros y no dejan lugar a dudas de que el error en la inclusión de datos del Sobre C en el Sobre B fue irrelevante, por lo que ninguna virtualidad cabe atribuir al mismo, no procediendo ni la exclusión de la empresa CANAL DE ISABEL II de la licitación por este motivo ni tampoco, como solicita la recurrente en su recurso especial, la aplicación a la misma de penalizaciones en su puntuación que, por lo demás, no están previstas en el Pliego.

Undécimo. Antes de entrar a examinar los motivos de recurso que no han sido ya resueltos judicialmente, como cuestión previa procede abordar la alegación de la empresa adjudicataria, CANAL DE ISABEL II, de que se recurre por ACCIONA un acto que no existía al tiempo de la interposición del recurso, atendiendo a la hora que consta

en el sello de registro de entrada de este Tribunal, habiendo sido emplazada la adjudicataria en el presente recurso especial antes de haber sido notificada por el Ayuntamiento del acto recurrido.

El motivo no resulta atendible por cuanto que tanto el acuerdo de adjudicación como el recurso datan del 20 de noviembre de 2014, sin que la certificación del acuerdo de adjudicación definitiva del Ayuntamiento Pleno de Cáceres que obra en el expediente remitido refleje la hora de adopción de dicho acuerdo ni, con base en el principio antiformalista, el Tribunal considere realmente relevante esa circunstancia, a efectos de acordar nada más y nada menos que la inadmisión de un recurso. Lo cierto es que el recurso se interpone y anuncia el mismo día en que consta la adopción del acuerdo recurrido, siendo la notificación un requisito que afecta no a la existencia y validez del acto administrativo, sino a su eficacia.

Duodécimo. Invoca la recurrente la nulidad del Pliego de Condiciones por inexistencia de precio cierto, y ello a raíz de unas noticias de prensa en las que se alude a un informe del Tribunal de Cuentas que denuncia que ni los anuncios ni el Pliego recogen el presupuesto de licitación, el valor estimado y la fórmula de revisión de precios aplicable al contrato.

Añade que dicho defecto es constitutivo de nulidad radical, por lo que no regiría la regla que impide a los licitadores que han presentado proposiciones recurrir los pliegos, una vez adjudicado el contrato.

El Tribunal viene manteniendo la doctrina reiterada de que la presentación de proposiciones por los licitadores implica, conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, la aceptación incondicional de los Pliegos, debiendo inadmitirse, por extemporánea, su posterior impugnación: *“Respecto al cuestionamiento del contenido de los pliegos por parte de la recurrente este Tribunal coincide con el órgano de contratación en que dicha fundamentación resulta absolutamente extemporánea, habiendo reiterado en Resoluciones anteriores la doctrina de que los pliegos son la ley del contrato que obligan tanto a la Administración contratante como al licitador que presenta una proposición a*

una licitación determinada. Conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, 'las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.' (por todas, Resoluciones 59/2012, de 22 de febrero 142/2012, de 28 de junio, 155/2011, de 8 de junio, 172/11, de 29 de junio, 502/2013, de 14 de noviembre, ó 19/2014, de 17 de enero, entre otras muchas).

De acuerdo con lo expuesto, la falta de impugnación en plazo de los Pliegos obliga a los recurrentes, en virtud del principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (*venire contra factum proprium non valet*), a pasar por su contenido, con la única excepción de que se aprecie la concurrencia de causa de nulidad radical en los Pliegos: *"los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación, sin perjuicio de la eventual apreciación ulterior de vicios de nulidad de pleno derecho"* (Resoluciones 241/2012, de 31 de octubre, y 83/2014, de 5 de febrero, entre otras). Por tanto, salvo en los mencionados supuestos de nulidad de pleno derecho (con el carácter excepcional que caracteriza a la nulidad radical y con la interpretación restrictiva de que la misma ha de ser objeto), no cabe argumentar en un recurso especial supuestas irregularidades de los Pliegos cuando éstos no han sido objeto de previa y expresa impugnación (por todas, Resolución 502/2013, de 14 de noviembre).

Dado que la recurrente no sólo no recurrió en su día el Pliego de Condiciones sino que licitó y resultó inicialmente adjudicataria del contrato, que ha venido ejecutando hasta la fecha, la posibilidad de admitir una impugnación contra los Pliegos es excepcional y, conforme a lo indicado, se circunscribe a la eventual apreciación de una causa de nulidad radical en los mismos, nulidad, que, se insiste, ha de ser apreciada con carácter restrictivo pues, como ha señalado reiteradamente el Consejo de Estado (por todos, dictamen 6/97, de 17 de abril), *"los vicios de nulidad radical recogidos en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992 (o en cualquier otra norma de rango legal) deben ser objeto de una*

interpretación estricta, por su reconocido carácter excepcional. Podría decirse que dentro de la teoría de la invalidez de los actos la nulidad radical es la excepción y la anulabilidad la regla general.”

Pues bien, el defecto que la recurrente imputa al Pliego de Condiciones (falta de constancia del precio cierto, del valor estimado y de fórmula de revisión de precios aplicable al contrato) no tiene cabida en ninguna de las causas de nulidad de pleno derecho del artículo 32 del TRLCSP, cuyo apartado 1 remite a su vez a las enumeradas en el artículo 62.1. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Efectivamente, dispone el artículo 32 del TRLCSP que:

“Son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes:

a) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

b) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 60.

c) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.

d) Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.”

Resulta evidente que los defectos imputados por la recurrente a los Pliegos no tienen encaje en ninguna de las referidas causas de nulidad radical, como tampoco en las del

artículo 62.1 de la Ley 30/1992, al que remite el primer apartado del precepto transcrito, a cuyo tenor:

“1. Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.*
- c) Los que tengan un contenido imposible.*
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.*
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.*
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.*
- g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.”*

En consecuencia, aun admitiendo, a efectos meramente dialécticos, la concurrencia en el Pliego de Condiciones de los defectos apuntados en el recurso, hay que concluir que los mismos, por no constituir causa de nulidad de pleno derecho, no permitirían la impugnación, completamente extemporánea, del Pliego de Condiciones por la empresa recurrente.

Ello conlleva, sin necesidad de entrar a examinar los contrargumentos de la Administración contratante (concurrencia del supuesto de hecho previsto en el artículo 85.a) de la LCSP, relativo a aquellos *“presupuestos que no hayan podido ser*

establecidos previamente por la Administración y deban ser presentados por los licitadores”, siendo éstos los que debían determinar en sus proposiciones el precio de ejecución del contrato en términos de coste unitario en euros/metro cúbico de agua, y regulación en el Pliego de Condiciones del coste unitario de explotación del servicio, de las tarifas a percibir por los usuarios, y del canon a satisfacer por el adjudicatario), la desestimación de este motivo de recurso.

Decimotercero. La recurrente también invoca diversas vulneraciones de los Pliegos en lo que se refiere a la documentación del Sobre C), relativo a proposición económica (criterios evaluables mediante fórmula).

Así, alega, en primer lugar, una infracción al límite de las mejoras admitidas en el Pliego por parte de CANAL DE ISABEL II y AGUAS DEL CÁCERES, al haber ofertado mejoras que superan el límite cuantitativo previsto en la cláusula 40.VII.3 del Pliego de Condiciones.

Dispone la cláusula 40.VII.3 del Pliego de Condiciones, en relación con las mejoras, que *“el importe total, obtenido de los apartados 3.1, 3.2 y 3.3, propuesto por el adjudicatario a su costa no podrá superar el 75% del importe de las inversiones recogidas en el Anexo III del Pliego de Prescripciones Técnicas”*. Sin necesidad de entrar en cálculos matemáticos, la consecuencia derivada de una eventual superación de ese límite, tratándose de las mejoras ofertadas, no ha de ser, obviamente, la exclusión de la oferta ni la penalización de su puntuación, sino la no consideración o puntuación del exceso, como previene la propia cláusula del Pliego de Condiciones (*“en el apartado relativo a mejoras ofertadas en los servicios se valorará hasta un máximo de 15 puntos atendiendo a los siguientes apartados”*). El ofertar más mejoras de las previstas en el Pliego no es un supuesto que pueda equipararse al ofertar un precio por encima del presupuesto base de licitación. Siendo las mejoras aspectos de la oferta que benefician a la Administración contratante, si ésta establece un límite en los Pliegos las mejoras que lo superen simplemente no tendrán que valorarse, sin que ello determine ni la exclusión de esa oferta ni la penalización de su puntuación, como sostiene la recurrente.

Consta en el informe del Interventor Municipal que el órgano de contratación adjunta a su recurso (y se desprende también del documento nº 13 del expediente remitido), que *“en la valoración de todos los criterios objetivos, las ofertas presentadas que excedían de los límites establecidos para su baremación no obtuvieron mayor o menor puntuación, ya que los excesos no se tuvieron en cuenta para la valoración, como quedó debidamente reflejado en los informes técnicos de valoración emitidos por el que suscribe, sin que esto tuviera que producir una exclusión o minusvaloración de las puntuaciones, como concluye la mercantil recurrente”*.

Los mismos razonamientos resultan aplicables a la alegación de la recurrente relativa a la existencia de un exceso de coste unitario en la oferta de CANAL DE ISABEL II y de AGUAS DEL CÁCERES, y de exceso de canon inicial propuesto por la primera.

La cláusula 40.VII.4 del Pliego de Condiciones establece una fórmula para calcular el menor coste total unitario de la explotación, indicando que *“el coste unitario mínimo a valorar queda cuantificado en 1,123 euros/metro cúbico”*. Como se indica en el informe del Interventor Municipal y se desprende del expediente remitido, los excesos sobre los límites de baremación establecidos en el Pliego de Condiciones no se tuvieron en cuenta en el informe de valoración.

Conclusión igualmente aplicable al canon inicial propuesto por CANAL DE ISABEL II, toda vez que los eventuales excesos resultantes de aplicar el Valor Actual Neto tuvieron como única consecuencia su no valoración.

Por lo demás, la recurrente nada objetó en su día a la valoración de las ofertas económicas (Sobre C), que devino un acto firme y consentido, siendo así que, además, dicha valoración no tiene entidad suficiente para decidir la adjudicación, tal y como se afirma en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 13 de febrero de 2014 (apelación nº 188/2013), en la que indica que *“tal y como se deduce de lo actuado e incluso del informe pericial, la diferencia de puntuación de dicho sobre C) es mínima no alcanzando apenas un punto entre la mayor y la menor, por lo que, en*



realidad, no afectaría a la valoración a realizar sobre los criterios del sobre B) que es donde en realidad se determina la puntuación esencial para las empresas licitadoras”.

Todo lo expuesto conduce a la desestimación de este motivo de recurso.

Decimocuarto. Alega la recurrente, por último, un error en la actualización de las tarifas en la oferta de la empresa adjudicataria, y ello por incluir una previsión de revisión anual de las tarifas al 2% desde el primer año, en contra de lo dispuesto en la cláusula 19 del Pliego de Condiciones, según la cual *“la solicitud de mantenimiento del equilibrio económico- financiero del contrato por otras causas distintas sólo podrá solicitarse por el concesionario una vez que hayan transcurrido cuatro años desde el comienzo de la prestación del servicio...”*.

El motivo debe rechazarse porque, como indica el Interventor Municipal en su informe, las actualizaciones de tarifa presentadas por los licitadores se basaban en la exigencia del Pliego (cláusula 40.4.b) de incluir en sus proposiciones *“un estudio económico-financiero de la explotación del Ciclo Integral del Agua, con una memoria explicativa, considerando una duración de 24 años, y como hipótesis una inflación interanual de 2 por cien”*. Existe en este punto una oscuridad en el Pliego de Condiciones (que por una parte prohíbe revisiones de tarifas en los 4 primeros años de la concesión, pero que por otra obliga a los licitadores a presentar un estudio económico- financiero con unas hipótesis de revisión tarifaria al 2 por ciento en los 24 años de duración de la concesión), que no puede perjudicar a los licitadores (artículo 1.288 del Código Civil).

Esta oscuridad del Pliego es sobradamente conocida por la recurrente, pues fue puesta de manifiesto por el Consejo Consultivo de Extremadura en su informe de 4 de abril de 2014, evacuado como consecuencia de una petición de revisión de tarifas en 2013 formulada por ACCIONA, adjudicataria inicial del contrato, en la que dicho órgano consultivo declaró que *“tampoco podemos acoger el argumento de que para la contratación se exigió un estudio previo de las empresas licitadoras en el que se incluía una revisión del 2% anual. De la lectura del pliego se deduce que en realidad ese estudio lo que exige es una proyección temporal tomando (sic) ‘como hipótesis una inflación*

interanual del 2 por cien', y ello para examinar por el Ayuntamiento la fortaleza de la estructura de costes de cada licitador, y su adecuación al servicio, sin que en ningún caso suponga una norma de establecimiento de revisión de precios, como pretende la concesionaria".

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. D.S.P., en representación de ACCIONA AGUA, S.A. y D^a M.O.C.H. y D. I.L.L., en representación de ACCIONA AGUA SERVICIOS, S.L., contra la resolución del Ayuntamiento de Cáceres de 20 de noviembre de 2014, por la que se acordó la adjudicación definitiva del contrato de "Gestión del servicio integral del agua en Cáceres".

Segundo. Levantar la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Apreciar, de acuerdo con lo indicado en el Fundamento de Derecho noveno, la concurrencia de mala fe en la interposición del recurso, por lo que procede la imposición de una multa de 3.000 euros, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.5 del TRLCSP, por apreciarse temeridad en la actuación de la empresa recurrente al plantear de nuevo en el recurso cuestiones ya resueltas definitivamente en la vía jurisdiccional y en la resolución número 820/2014 de este mismo Tribunal, lo que denota un mero propósito dilatorio y de retrasar la formalización del contrato con la interposición del recurso, estimándose la cifra de 3.000 euros como adecuada y proporcionada en función del perjuicio originado al órgano de contratación y a los restantes licitadores por el retraso derivado del recurso interpuesto.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.