



EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SORIA

INFORME

Asunto: alegaciones de GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA y AQUALIA GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA S.A. y SOCIEDAD ESPAÑOLA DE AGUAS FILTRADAS S.A. en el procedimiento abierto para la selección de un socio privado para la constitución de una sociedad de economía mixta que gestione el servicio de abastecimiento de agua, alcantarillado y depuración de la ciudad de Soria.

ANTECEDENTES

1º.- En el expediente de contratación arriba indicado, la Mesa de Contratación, en sesión de fecha 1 de octubre de 2013, acordó, por unanimidad:

- Excluir del procedimiento licitatorio las ofertas presentadas por GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA (en adelante, GESTAGUA) y por AQUALIA GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA S.A. y SOCIEDAD ESPAÑOLA DE AGUAS FILTRADAS S.A. (en adelante, AQUALIA), por entender que ambas proposiciones incumplían lo establecido en la cláusula 9ª del Pliego de condiciones económico- administrativas particulares.
- Elevar al órgano de contratación clasificación ordenada, por orden de puntuación, del resto de ofertas, en la forma siguiente:

1º.- INIMA- Valoriza, con 93,58 puntos.

2º.- ACCIONA AGUA, con 52,32 puntos.

3º.- AGUAGEST, con 0'10 puntos.

En la referida Mesa de Contratación, GESTAGUA manifestó su disconformidad con la propuesta efectuada. Ningún otro licitador expresó su oposición a dicha propuesta.

2º.- Con fecha 3 de octubre de 2013, GESTAGUA presenta alegaciones al acuerdo de la Mesa de Contratación; por su parte, AQUALIA presenta alegaciones el 4 de octubre de 2013; por último, ACCIONA AGUA (en adelante, ACCIONA) presenta alegaciones el 8 de octubre de 2013.

En contestación a dichas alegaciones, los abajo firmantes, técnicos componentes de la Mesa de Contratación que adoptó el acuerdo frente al que se formulan las alegaciones, emiten el presente



EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SORIA

INFORME

1º.- Calificación de los escritos. Solicitud de suspensión. Trámite a seguir.

AQUALIA y ACCIONA califican su escrito como alegaciones frente al acuerdo de la Mesa de Contratación. Por su parte, GESTAGUA señala que el escrito ha de considerarse como alegaciones, pero que si no se entiende así, puede considerarse como recurso especial en materia de contratación. Esta entidad solicita asimismo que se suspendan las actuaciones en tanto se resuelva sobre el mismo.

Entenderemos los tres escritos como alegaciones, en aplicación de lo establecido en el art. 87 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por R.D. 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

Del citado precepto se extrae que solamente podrán efectuar alegaciones los licitadores que hayan manifestado reservas o discrepancias respecto del acuerdo de la Mesa, y que el plazo para reflejarlas y presentarlas por escrito es de dos días hábiles, a contar desde la fecha del acto al que asistieron y respecto del cual discrepan.

Ni AQUALIA ni ACCIONA expresaron en el señalado acto reserva u oposición alguna a la propuesta. Y las alegaciones que presenta ACCIONA se formulan fuera de plazo (acabó el viernes, 4 de octubre, a las 24'00 horas, al ser el día 2 festividad local). No obstante, nos pronunciaremos igualmente sobre todas ellas, en una interpretación harto flexible del principio "pro actione".

La consecuencia inmediata de considerar los citados escritos como alegaciones es que no es necesario que se suspendan actuaciones, como propone GESTAGUA: el expediente de contratación solamente proseguirá, conforme al citado precepto reglamentario, una vez que el órgano de contratación haya resuelto las alegaciones.

Ha de subrayarse que no puede considerarse el escrito de GESTAGUA como recurso especial en materia de contratación, pues el propio Pliego de condiciones económico- administrativas establece, en su cláusula 3ª, que al no existir gastos de primer establecimiento superiores a 500.000 euros no ha lugar a la interposición de dicho recurso, conforme al art. 37 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por R.D. Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP). Y recuérdese que el Pliego de condiciones en que se contiene dicha prescripción no ha sido recurrido, por lo



EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SORIA

que se entiende aceptado sin reserva alguna por los licitadores (art. 145 del TRLCSP).

Procede, en consecuencia, que las alegaciones sean informadas por la Mesa de Contratación, y elevadas posteriormente (previo dictamen de la Comisión Informativa) al órgano de contratación, el pleno corporativo, que resolverá lo que proceda.

2º.- Argumentos de las alegaciones.

2.1.- Las alegaciones presentadas por GESTAGUA y por AQUALIA son básicamente coincidentes, por lo que las examinaremos conjuntamente. Consisten en lo siguiente:

- El establece en su art. 106 del TRLCSP establece que los Pliegos de condiciones han de definir con precisión y detalle las eventuales modificaciones futuras del contrato, para que éstas puedan considerarse previstas en el contrato, y para que los licitadores puedan, en consecuencia, tenerlas en cuenta en sus ofertas.
- El pliego de condiciones económico- administrativas que rige esta licitación previó expresamente, en su cláusula 39ª, la posibilidad de que el contrato se modifique con la futura Estación Depuradora de Aguas Residuales (EDAR) que sustituya a la actual, a los efectos del citado art. 106. Como Anexo 13º al Pliego de prescripciones técnicas, entre la documentación que rige la licitación, se adjuntaba el Anteproyecto de dicha instalación.
- En consecuencia, ambos licitadores consideran que tanto el Pliego como el TRLSCP les obligaban a tener en cuenta la eventual modificación del contrato, incluyendo las variaciones que en éste supondría la nueva EDAR, en sus ofertas.
- Si como consecuencia de lo anterior se han superado los límites establecidos en la cláusula 9ª del Pliego de condiciones económico-administrativas particulares, ello sería imputable, entiende GESTAGUA, a oscuridad del Pliego, por lo que no podría perjudicarles.
- En consecuencia, no puede excluirseles del proceso licitatorio por haberse ajustado escrupulosamente a la Ley y al Pliego. Es más, AQUALIA añade que la falta de previsión en su oferta respecto de la eventual modificación del contrato por entrada en funcionamiento de la nueva EDAR habría de suponer la exclusión de todos los



EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SORIA

licitadores que hayan incurrido en ella, es decir, INIMA- Valoriza, ACCIONA AGUA y AQUAGEST.

2.2.- Las alegaciones presentadas por ACCIONA tienen un contenido distinto, por lo que las examinaremos de forma separada. ACCIONA entiende que la oferta de INIMA- Valoriza incumple el Pliego de condiciones económico-administrativas particulares en cuanto a la fecha prevista de pago del canon, la fecha prevista de pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (en adelante, ITP) que genera el canon, y los costes de explotación de la empresa mixta. Considera asimismo que "la financiación en 2015 y 2016, con respecto a la necesaria en 2013 y 2014, hace inviable financieramente a la empresa mixta".

3º.- Contestación a las alegaciones de GESTAGUA Y AQUALIA.

3.1.- Irrelevancia de la eventual modificación del contrato respecto de la inviolabilidad de los límites establecidos en la cláusula 9ª.

Conviene recordar, como punto de partida, que la jurisprudencia (por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2000, 24 de junio de 2004 y 29 de septiembre de 2009) ha declarado reiteradamente que el Pliego de condiciones económico-administrativas particulares ha de considerarse como "ley del contrato". Es, por tanto, el Pliego de condiciones el que ha de definir en qué términos han de presentar sus ofertas los licitadores, el que diseña los derechos y obligaciones de las futuras partes contratantes (art. 115 del TRLCSP).

GESTAGUA Y AQUALIA centran sus alegaciones en una interpretación diferente del Pliego de condiciones económico-administrativas particulares (de la relación existente entre sus cláusulas 9ª y 39ª) respecto a la que ha hecho la Mesa de Contratación, poniendo el acento, fundamentalmente, en que la ley, el art. 106 del TRLCSP, les obligaba a interpretarlo de forma diferente a como ha hecho la Mesa.

Ahora bien, ha de subrayarse que tal pretensión, en su caso, debería haberse planteado en forma de recurso frente al Pliego de condiciones económico-administrativas. Si se hubiera hecho así, y se hubiese entendido por la Administración contratante que tal interpretación era la correcta, se habría rectificado el Pliego en la forma solicitada, y reabierto la licitación en los términos requeridos, dando a todos los licitadores las mismas oportunidades, como exige el art. 1º del TRLCSP. Sin embargo, como no se formuló recurso alguno (ni siquiera se solicitó aclaración al respecto), ha de entenderse, de conformidad con lo establecido en el art. 145 del TRLCSP, que los licitadores aceptan el Pliego expresamente sin salvedad o reserva alguna. Por tanto, no



EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SORIA

procede entrar a discutir ahora si alguna cláusula del Pliego puede entenderse disconforme con la normativa o no, o si debe interpretarse la relación entre ambas cláusulas de forma distinta a como haya previsto concretamente el Pliego para, supuestamente, “adaptarla” a las previsiones legales. Lo único que cabe debatir, en este momento procedimental, es qué ha querido decir exactamente el Pliego.

Pues bien, es claro que el Pliego de condiciones que rige la presente licitación estableció, en su cláusula 13ª, criterios totalmente objetivos para la adjudicación del contrato, para cuya aplicación bastaba con emplear fórmulas matemáticas (en los términos del art. 150 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por R.D. Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP).

La Administración contratante era consciente de que con tal planteamiento podrían resultar adjudicatarias ofertas económicamente inviables. También lo era, no obstante, de la dificultad de reconducir tal previsión al régimen de ofertas con valores desproporcionados o anormales del art. 152 del TRLCSP, por lo que no estableció dicho régimen.

Lo que sí hizo el Pliego de condiciones económico- administrativas particulares fue establecer el mecanismo necesario para conseguir la “homogeneización” de las ofertas, en una cláusula, la 9ª, que se erigía en parte esencial de la licitación, en clave de bóveda de la misma.

¿Cómo lo hacía? La cláusula 9ª preveía que, junto con la oferta económica, los licitadores debían acompañar un Estudio económico justificativo de aquélla. Si bien dicho Estudio no sería objeto de puntuación, ni podría convalidarse como base de futuras reclamaciones por desequilibrio económico, la expresada cláusula pormenorizaba qué podía contener y qué no se admitiría en el Estudio Económico, fijando el marco en el que podían moverse los parámetros económicos de las ofertas. Así, se admitía un cierto margen respecto de los gastos, pero no sucedía lo mismo en cuanto a los ingresos, respecto de los cuales la cláusula no dejaba apenas margen, determinando, con total precisión, tanto el tipo de ingresos admisibles como el punto de partida de éstos (la cuantificación de los ingresos actuales), y, esto es esencial, su futuro desenvolvimiento, previendo cuáles serían los límites máximos admisibles de variabilidad de los mismos. Para cerrar ese marco, para dejar claramente establecido cuáles eran las reglas de juego para todos los licitadores en su Estudio Económico, se advertía expresamente que sobrepasar los límites marcados llevaría consigo la exclusión del contrato. Esta advertencia no se hacía de manera oscura, ni críptica: el texto del Pliego en que se advertía de dicha consecuencia (cláusula 9ª, in fine) venía subrayada. Y no cabe interpretar que, cuando el Pliego se refiere a “partir” de esos parámetros, esté



EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SORIA

admitiendo que sean el punto de partida, y cada licitador pueda libremente elegir la evolución que entiende pueden tener. Dado que la repetida cláusula 9ª determina, no solamente cuáles son los puntos de partida, sino los límites a su evolución futura, habrá que convenir que aquí "partir", no se emplea en el sentido de "empezar a caminar" (Diccionario de la R.A.E., acepción 12ª), sino en el de "tomar un hecho, una fecha o cualquier otro antecedente como base para un razonamiento o cómputo" (acepción 9ª).

Ese esquema de la cláusula 9ª, esta fórmula de "homogeneizar" las ofertas, no admitía excepción alguna. En ningún caso.

En efecto, en ninguna parte de dicha cláusula se preveía que los límites establecidos quedarían sin efecto en caso de que se tuviese en cuenta, en la proposición de los licitadores, la eventual incorporación al contrato de la nueva EDAR, u otras circunstancias. Tampoco lo estableció así la cláusula 39ª. Y en ninguna de los dos se estableció una preferencia de esta cláusula 39ª sobre la 9ª. Ni, en fin, se establecía en cláusula que los datos contenidos en el Anteproyecto fueran de obligada observancia para los licitadores, y que en base a los mismos podían, o debían los licitadores, desmarcarse del ámbito expresamente señalado como válido por la cláusula 9ª.

Es obvio que si el Ayuntamiento (que examinó el incluir una cláusula de ese carácter, pero desechó esta idea), hubiera querido establecer en el Pliego lo que GESTAGUA y AQUALIA plantean, entonces lo hubiera dicho expresamente tanto en la cláusula 39ª como, fundamentalmente, en la propia cláusula 9ª, prescribiendo que los licitadores deberían incluir en sus Estudios económicos la incidencia en el contrato de la eventual entrada en funcionamiento de la nueva EDAR, con expresión de si en tal supuesto los límites en cuanto a ingresos y gastos se verían afectados.

No se hizo así. Y, pese a ello, lo que ambos licitadores plantean es que se distorsione la relación entre ambas cláusulas de forma tal que, finalmente, los estrictos límites de la cláusula 9ª, la clave de bóveda de toda la licitación, se diluyan, desaparezcan. Es una interpretación que no puede admitirse como válida. No es eso lo que ha establecido el Pliego de condiciones económico-administrativas particulares.

Lo cierto es que la interpretación de ambos licitadores no es neutral. Al considerar los parámetros contenidos en el anteproyecto de la EDAR como sustitutivos de los de la cláusula 9ª, al entender equivocadamente que la cláusula 39ª prevalece sobre la 9ª, y que los límites de ésta han de tenerse por no puestos, el efecto es que los gastos a prever por la nueva EDAR aumentaban de forma exponencial, y en consecuencia, también los ingresos necesarios para afrontarlos. Este aumento de ingresos influía de manera



EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SORIA

decisiva en los puntos a obtener por los licitadores. En (mucho) mayor medida en la oferta de GESTAGUA, en menor en la de AQUALIA, suponía una mejora en todos los apartados puntuables de la oferta respecto de aquellos otros licitadores que, al ajustarse estrictamente a los términos de la cláusula 9ª, no habían rebasado el límite de ingresos. Con lo que, de admitir las proposiciones que sí lo habían superado, la "homogeneización" pretendida desaparece, en beneficio de ambos licitadores, que quedarían en mejor posición que los demás. La licitación quedaría totalmente desvirtuada, vulnerando, repetimos, una regla fundamental en materia de contratación administrativa, la contenida en el art. 1º del TRLCSP, que erige como principio básico en la contratación administrativa la igualdad y no discriminación entre los licitadores.

En definitiva, tanto GESTAGUA como AQUALIA, al reflejar el impacto en ese Estudio de la futura EDAR, rebasaron el límite establecido para los ingresos a contemplar. Tanto si se consideran como ingresos tarifarios, como si se consideran como "otros ingresos", se superan ampliamente tales límites (incremento del 2% de IPC para las tarifas, del 1'01% para el volumen de los consumos domésticos, del 1'5% para otros ingresos), como reflejó en su Acta la Mesa de Contratación. Como ese incumplimiento no se debe a ninguna excepción prevista en el Pliego de condiciones, ha de suponer la exclusión de ambos licitadores, conforme a lo sancionado por la cláusula 9ª, in fine, del Pliego de condiciones económico- administrativas particulares.

3.2.- Otros incumplimientos de GESTAGUA en relación con el Pliego de condiciones económico- administrativas.

GESTAGUA incurre, además, en tres causas de exclusión más que no pueden hallar justificación ni siquiera con referencia a la nueva EDAR:

- Prevé una amortización del canon con aplicación de un ITP con un tipo del 4%, en lugar del 7%. El 4% era el tipo vigente en el momento en que se elaboró la Memoria de municipalización del servicio, pero hoy el tipo aplicable es el 7%, y así consta en el Pliego de condiciones (cláusula 9ª, página 22). Ese parámetro es inamovible, y su infracción es causa de exclusión,
- Contempla como ingresos de la empresa mixta 424.468 €, en concepto de beneficio industrial y gastos generales sobre los gastos de la nueva EDAR. Pero la empresa mixta es un ente del que forma parte el Ayuntamiento, no un concesionario que facture a éste con gastos generales y beneficio industrial, por lo que se trata de unos importes erróneamente establecidos.
- En materia de ingresos, GESTAGUA contempla asimismo unos ingresos a mayores de 80.531 euros que no se encuentran entre los parámetros contemplados en la cláusula 9ª.



EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SORIA

Lo anterior revela que, en realidad, la invocación a la nueva EDAR y al art. 106 del TRLCSP no es sino (entiéndase lo dicho con el mayor de los respetos) una excusa: lo que GESTAGUA ha pretendido es eludir los límites a los Estudios económicos establecidos por la cláusula 9ª, para realizar una propuesta económica con base en parámetros distintos a los del resto de licitadores, y afrontar así en condiciones de ventaja la licitación.

4º.- Contestación a las alegaciones de ACCIONA.

4.1.- En relación a la fecha prevista de pago del canon, la cláusula 17ª del Pliego establece que se efectuará, alternativamente, en el plazo de quince días hábiles a contar desde la constitución de la sociedad o desde la adjudicación del contrato.

El Pliego, contrariamente a lo que sostiene ACCIONA, no establece que el primer plazo del canon deba pagarse en todo caso en 2013, sino que los plazos anteriormente indicados se computan a partir de un "dies a quo" que no es una fecha cierta y predeterminada. Por ello, sean cuales sean las estimaciones existentes, podrá suceder que los plazos de pago del canon cumplan en 2013... o en 2014, con lo que la argumentación de ACCIONA no es admisible.

4.2.- Por lo que respecta al pago del ITP, el Pliego de condiciones económico-administrativas contempla su importe (el 7% del canon), pero no impone de modo taxativo, con sanción de exclusión, cómo deba efectuarse su pago a la Administración tributaria. Si la sociedad de economía mixta hubiera de pagar el importe íntegro del ITP en el año de pago del primer plazo del canon, como plantea ACCIONA, puede comprobarse que propuesta de INIMA-Valoriza no sufre alteración alguna (los resultados siguen siendo positivos salvo en un ejercicio, como exige la cláusula 9ª, y no se infringe ningún parámetro económico que el Pliego establezca como causa de exclusión). En cualquier caso, recuérdese que cabe la posibilidad de que la empresa mixta solicite y obtenga un aplazamiento, en tres ejercicios, de la deuda tributaria. Tampoco esta argumentación, por tanto, puede aceptarse.

4.3.- Financiación para los ejercicios de 2015 y 2016.

La primera parte de la argumentación de ACCIONA en este apartado, viene derivada de los dos argumentos anteriormente expuestos (calendario de pago de canon e ITP supuestamente incumplido por INIMA- Valoriza) que hemos visto cómo no son válidos, por lo que también éste decae.



EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SORIA

La segunda, el ofrecimiento de financiación a precios que no son los de mercado, no puede ser considerado un argumento válido, pues ACCIONA no fundamenta en forma alguna tal afirmación.

4.4.- Costes y sus proyecciones.

ACCIONA considera que los costes contemplados en su Estudio económico por INIMA- Valoriza son irrealistas, por lo que la propuesta resulta económicamente inviable.

Tal argumentación manifiesta un claro desconocimiento de cómo se ha estructurado la "homogeneización" de las ofertas en el Pliego de condiciones económico- administrativas. El Pliego, en su cláusula 9ª, no establece el mismo esquema para ingresos que para gastos. Respecto de estos últimos, admite un grado de flexibilidad, un margen de maniobra mucho mayor que para los ingresos. La oferta de INIMA-Valoriza se ajusta al rigor establecido para los ingresos y aplica ese margen de maniobra en los gastos, sin incumplir ni unos ni otros.

El concepto de "inviabilidad" que maneja ACCIONA en todas sus alegaciones no tiene cabida en el Pliego de condiciones: éste contempla como causa de exclusión el incumplimiento de los parámetros de la cláusula 9ª, sin permitirse entrar a valorar si, aunque se cumplan esos parámetros, la oferta puede adolecer de inviabilidad económica por otras razones. Para que pudiera hacerlo, el Pliego debería haber entrado a establecer los criterios objetivos con base en los cuales las ofertas puedan considerarse con valores anormales o desproporcionados (art. 152 TRLCSP), y no lo ha hecho.

Tampoco puede, pues, estimarse esta alegación.

CONCLUSIÓN

Procede que el órgano de contratación, el pleno corporativo, desestime las alegaciones presentadas, excluyendo a GESTAGUA y a AQUALIA, y apruebe la lista ordenada de los licitadores, por orden de puntuación, en la forma expuesta.

En Soria, a 8 de octubre de 2013.