



Recursos nº 1634/2019 C.A. Illes Balears 116/2019

Resolución nº 400/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid a 19 de marzo de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. M. L. A., en representación de FCC AQUALIA, S.A., contra el anuncio y los pliegos de la licitación convocada por la Mancomunitat del Pla de Mallorca, para contratar el *"servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado de la Mancomunitat del Pla de Mallorca"*, expediente 04/2019, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 26 de noviembre de 2019, se publicó tanto en el Perfil del Contratante de la Mancomunitat del Pla de Mallorca de la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación del "Contrato de Concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado de la Mancomunitat del Pla de Mallorca, expediente 04/2019", con un valor estimado de 41.535.723,66 euros (IVA excluido). Dicho anuncio fue enviado al Diario Oficial de la Unión Europea el día 21 de noviembre de 2019.

El anuncio se ha modificado posteriormente el día 4 de diciembre, así como se ha incorporado un Anexo a los Pliegos el día 19 de diciembre.

Segundo. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) dispone:

- Cláusula 17.1.39

"Dado que el proyecto es consecuencia de la presentación de un estudio de viabilidad por iniciativa privada, a la hora de valorar las ofertas presentadas, se estará a lo establecido en el artículo 247. 5 de la LCSP para la iniciativa privada y, por lo tanto, se le otorgará 5 puntos porcentuales adicionales a los obtenidos por aplicación de los



criterios adjudicación establecidos en el presente Pliego, a la entidad promotora de la iniciativa privada.”

- *Cláusula 17.1.39 A*

“Para la valoración de las proposiciones evaluables mediante juicio de valor, se atenderá a criterios vinculados al objeto del contrato tales como la organización y gestión del servicio, la calidad y el servicio prestado, la relación con los usuarios y con el órgano contratante, el uso de las tecnologías más avanzadas, la gestión sostenible de los recursos, el compromiso con la eficiencia energética y la conservación del entorno, la idoneidad de las actuaciones e inversiones propuestas, la formación continua y el compromiso con el empleo y el desarrollo profesional de los trabajadores, los planes de igualdad entre hombres y mujeres, la transparencia en las relaciones comerciales con proveedores y concesionarios, y el seguimiento y control de la gestión realizada.

Las proposiciones de los licitadores deberán ajustarse a las condiciones de formato previstas en el presente Pliego. Asimismo, se exigirá que las proposiciones se ajusten en su descripción técnica a las prescripciones técnicas contenidas en el Pliego Técnico, no siendo necesario que recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones previstas, sino exclusivamente aquellas que sean necesarias para proceder a la valoración de la adecuación de las ofertas al cumplimiento del objeto del contrato.

Cada oferta será valorada de forma independiente entre licitadores, pudiendo darse el caso de obtención de idéntica puntuación entre los licitadores, dado que la oferta será evaluada y puntuada según la calidad de la oferta presentada, en base a los criterios recogidos en la siguiente tabla.

Criterios evaluables mediante juicio de valor 45

Plan de Explotación de los Servicios 20

Plan de Gestión, Explotación, Mantenimiento y Conservación de las instalaciones y redes de abastecimiento de agua potable 3

Plan de Control de calidad del agua suministrada 1,5

Plan de Gestión y lectura de contadores 1,5



Plan de Mejora del balance hidráulico del sistema de agua potable 3,5

Plan de Gestión, Explotación, Mantenimiento y Conservación de las instalaciones y redes de alcantarillado 3

Plan de Gestión Comercial 1,5

Plan de Información y sensibilización 1

Plan de Calidad de los servicios, gestión de la calidad, riesgos laborales y gestión ambiental 1

Plan de Innovación y herramientas de gestión 1,5

Plan de Emergencias del Servicio de Agua Potable y Alcantarillado 2,5

Proyecto de Organización y Gestión del Servicio 12

Planificación de inversiones y definición de otras actuaciones necesarias 10

Diagnóstico de las infraestructuras y del funcionamiento del servicio 2

Planificación de las inversiones definidas en el Anteproyecto 3

Propuesta de inversiones a realizar con cargo al canon variable 5

Mejoras ambientalmente sostenibles 3

Medidas de ahorro en el consumo de agua, tanto para el consumo doméstico como para el uso municipal 1,5

Reducción de Consumo de Energía 0,5

Mejora en la gestión de residuos y/o reducción en la generación 0,5

Reducción de emisiones atmosféricas (gases contaminantes, lumínicas, ruido, etc.) 0,5

A efectos de evitar la presentación de ofertas técnicas imprecisas, deficientes o no ajustadas a las especificaciones técnicas establecidas en el correspondiente Pliego, serán excluidas del procedimiento de licitación las ofertas que no alcancen VEINTE (20) puntos en la valoración de los criterios evaluables mediante juicios de valor.”

- Cláusula 17.1.39.1.B –las fórmulas no se reproducen en aras de la claridad remitiéndonos al expediente en cuanto a su contenido:-



“En este apartado se evaluará los criterios siguientes.

1º.- Canon variable de renovación de redes: hasta 25 puntos

El canon variable de renovación de redes mínimo será de 2,5%, mejorable al alza hasta un máximo del 6,5%, sobre el importe facturado (IVA excluido) durante el ejercicio.

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 (25 puntos) al licitador que en su oferta comprometa el 6,5%.

Las ofertas que propongan el porcentaje mínimo (2,5%) obtendrán cero puntos (0 puntos).

(...)

2º.- Canon inicial: hasta 20 puntos.

El canon inicial mínimo será de 800.000 €, mejorable al alza.

La cantidad ofertada deberá ser un número entero.

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

Las ofertas que propongan un canon inicial por el importe mínimo (800.000 €) obtendrán cero puntos (0 puntos).

(...)

3º.- Seguimiento y Control de la concesión: hasta 7 puntos.

El porcentaje mínimo destinado anualmente para el seguimiento y control de la concesión será del 1%, mejorable al alza hasta un máximo del 3%, sobre el importe facturado (IVA excluido) durante el ejercicio.

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 (7 puntos) al licitador que en su oferta comprometa el 3%.



Las ofertas que propongan un el porcentaje mínimo (1%) obtendrán cero puntos (0 puntos).

(...)

4º.- Fondo social: hasta 3 puntos.

El fondo social máximo será de 5.000 € anuales, revisables según lo regulado en la Cláusula 39.

La cantidad ofertada deberá ser un número entero.

Se otorgará el máximo de puntuación (3 puntos) al licitador que en su oferta se comprometa a dotar anualmente con el importe máximo de 5.000 € a este fondo, y al resto según la siguiente fórmula: (...).”

- Cláusula 18

“1.40. Las proposiciones se presentarán en papel en la forma indicada en los apartados siguientes, en el plazo de 26 días naturales contados desde el día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación en el perfil del contratante.

La presentación de las proposiciones presume la aceptación incondicional por el empresario del presente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y del resto de la documentación que tiene carácter contractual sin salvedad alguna.

1.41. Los interesados podrán examinar el pliego y documentación complementaria en el perfil del contratante.

1.42. La presentación podrá realizarse mediante entrega en la Secretaría de la Mancomunitat, bien personalmente o bien mediante envío por mensajería entregado dentro del plazo señalado. También podrá realizarse mediante envío por correo, en cuyo caso el interesado deberá acreditar con el resguardo correspondiente, la fecha de imposición del envío, y comunicar en el mismo día al Órgano de Contratación, por fax, télex o telegrama o correo electrónico, la remisión de la proposición.

No obstante, transcurridos diez (10) días naturales desde la terminación del plazo, no será admitida ninguna proposición enviada por correo.

1.43. La presentación por un licitador de más de una proposición supondrá el rechazo de todas las presentadas.”



- Cláusula 29

“1.98. Se establece como condición especial de ejecución del contrato aquellas medidas destinadas a conseguir una gestión sostenible del agua. Para ello el concesionario establecerá los procedimientos que considere oportunos, fijando unos objetivos asumibles para el servicio, así como los medios tanto materiales como de cualquier otra índole que destine a las campañas de concienciación que vaya a realizar hacia los usuarios del servicio de agua de la Mancomunitat. Establecerá unos parámetros que permitan medir el progreso y el impacto de las medidas encaminadas a conseguir los objetivos marcados en esta medida.

1.99. Para ello, los licitadores deberán incluir en sus ofertas las medidas que consideren apropiadas para el cumplimiento de estas finalidades. Estas condiciones serán igualmente exigidas a los subcontratistas de haberlos.

1.100. Estas condiciones especiales se consideran obligaciones contractuales esenciales y su incumplimiento se considerará una infracción grave a las que se le aplicará las penalidades correspondientes establecidas en el presente Pliego.”

Por su parte, la cláusula 7 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) dispone:

“La organización y dirección de los servicios corresponde al Concesionario, que deberá especificar en la Oferta el personal que, debidamente justificado, se compromete a tener en el Servicio para atender y cumplir todos los deberes derivados de este Contrato.

El adjudicatario se obliga a subrogar al personal del servicio que así se indique en el Anexo 9 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, respetándole sus condiciones laborales, antigüedad, categoría y derechos económicos reflejados en el “Convenio” incluido como Anexo 10 al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, según lo dispuesto en el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

El personal empleado por el concesionario tendrá dependencia laboral del mismo, sin que, por ninguna causa, incluso la de despido, pueda pasar dicho personal a depender de la Mancomunitat, no interviniendo éste, bajo ningún modo, en las relaciones laborales que puedan existir entre el concesionario y su personal.



Cualquier variación y/o sustitución de personal, deberá ser razonada y puesta en conocimiento de los Servicios Técnicos de la Mancomunitat para su informe y aprobación por el órgano competente de la Mancomunitat, si así procediera.”

Tercero. Con fecha 19 de diciembre de 2019, la Mancomunitat de Pla de Mallorca acordó incorporar un Anexo XIII al PCAP para dar cumplimiento al Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones. A esa fecha ningún licitador había presentado su proposición.

Cuarto. Con fecha 16 de diciembre FCC AQUALIA, S.A. interpuso recurso especial en materia de contratación frente al anuncio de licitación, y los Pliegos (PCAP y PPT) que han de regir el procedimiento de selección del contratista.

Quinto. El órgano de contratación remitió el informe sobre el recurso que se regula en el artículo 56.2 de la LCSP.

Sexto. Interpuesto el recurso, con fecha 20 de diciembre de 2019, se dictó resolución por la que se acordaba la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

Séptimo. Con posterioridad a la interposición del recurso, FCC AQUALIA, S.A. ha presentado oferta en la presente licitación.

Octavo. Con fecha 2 de enero de 2020 se notificó el recurso a los demás licitadores del procedimiento para que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones y presentaran los documentos que a su derecho convinieran, trámite evacuado por la mercantil HIDROBAL GESTIÓN DE AGUAS DE BALEARES, S.A.U.,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.3 y 4 de la LCSP y en el Convenio suscrito al efecto el 29 de noviembre de 2012 entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Illes Balears, publicado en el BOE el día 19 de diciembre de 2012 por resolución de la Subsecretaria del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.



Segundo. La recurrente, FCC AQUALIA, S.A. está legitimada para su interposición al poder participar en la licitación al corresponderse su objeto social con el del contrato (artículo 48 de la LCSP). A su vez, la persona que actúa en nombre de la recurrente cuenta con poder de representación bastante al ser el administrador único de esa sociedad, tal y como exige el artículo 51.1 de esa misma Ley.

Tercero. El acto que es objeto de recurso es el Anuncio de licitación, y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) que ha de regir la contratación de Concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado de la Mancomunitat del Pla de Mallorca – expediente 04/2019”, con un valor estimado de 41.535.723,66 euros (IVA excluido).

Cuarto. De conformidad con los artículos 44.1 c) y 2.a) de la LCSP, los pliegos de un contrato de concesión de servicios de valor estimado superior a 3.000.000 euros son susceptibles de ser impugnados mediante el recurso especial en materia de contratación.

Quinto. El recurso cumple todos los requisitos previstos en el artículo 50 de la LCSP. En cuanto al plazo para recurrir, presentado el recurso el día 16 de diciembre de 2019, consta en el expediente que el anuncio de la licitación tuvo lugar el día 26 de noviembre de ese año (modificándose con posterioridad el día 4 y 19 de diciembre de 2019), por lo que el recurso se interpone en el plazo de quince días previsto en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

Sexto. El recurso interpuesto plantea las siguientes cuestiones:

- Incorrecta aplicación del artículo 247.5 de la LCSP en la cláusula 17.1.39 del PCAP.
- Incorrecta definición del criterio sujeto a evaluación según juicio de valor “Proyecto de Organización y Gestión del Servicio” de la cláusula 17.1.39 A del PCAP.
- Incorrecta aplicación de los criterios de valoración sujetos a fórmula por uso de umbrales de saciedad en los criterios 1,2 y 4 de la Cláusula 17.1.39.1.B del PCAP.
- Improcedencia del criterio automático 3 por no guardar relación con el objeto del contrato consistente en “Seguimiento y Control de la concesión” previsto en la Cláusula 17.1.39.1.B del PCAP.



- Ausencia de causa para no recurrir a la licitación digital en la cláusula 18 del PCAP.
- Indefinición de la condición especial de ejecución regulada en la cláusula 29 del PCAP.
- Imposición indebida de subrogación de trabajadores en la cláusula 7 del PPT.
- Los Pliegos no han incorporado, pese a ser su publicación de fecha posterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones, las menciones obligatorias previstas en materia de protección de datos de carácter personal.

A continuación, analizaremos cada una de ellas de manera separada.

Séptimo. La recurrente muestra su disconformidad con la asignación de 5 puntos adicionales a la empresa HIDROBAL GESTIÓN DE AGUAS DE BALEARES, S.A.U., por su condición de redactora del estudio de viabilidad aprobado.

La recurrente censura, en primer lugar, que la actual prestataria del servicio sea la redactora del estudio de viabilidad que sirve de base a los Pliegos, y las eventuales ventajas que le puede reportar durante la licitación al considerar que aspectos como los criterios de adjudicación se han ajustado a las circunstancias de la mercantil actualmente prestataria.

A este respecto este Tribunal debe indicar que:

- Las eventuales incompatibilidades de HIDROBAL con la licitación habrán de analizarse, en su caso, mediante un recurso sobre la indebida admisión de dicha mercantil, pero no con motivo de la impugnación de los Pliegos.
- Igualmente, la corrección de la definición de los criterios de adjudicación es objeto de análisis en otros de los Fundamentos Jurídicos de esta resolución a los que nos remitimos.

El recurso continúa planteando que la prima de 5 puntos al redactor del estudio de viabilidad no es posible en una concesión de servicios que ya existe y se explota en régimen de gestión indirecta, y, además se trata de un servicio de prestación



obligatoria. Según la recurrente, la asignación de esos puntos únicamente se producirá respecto de nuevos servicios que no sean de prestación obligatoria.

A juicio de este Tribunal que el artículo 285.2 de la LCSP obligue a redactar un estudio de viabilidad como parte del expediente de contratación de una concesión de servicios no supone automáticamente la aplicación analógica de la prima de 5 puntos para la iniciativa privada que redacta un estudio de viabilidad de una eventual concesión de obra pública, tal y como prevé el artículo 247.5 de la LCSP.

La interpretación del ámbito y requisitos de otorgamiento de esos 5 puntos adicionales debe ser objeto de interpretación restrictiva y no analógica dado que la dicha prima de puntos puede decantar la adjudicación de un contrato en favor de un licitador que no haya presentado la oferta con la mejor relación calidad precio, de acuerdo con los criterios fijados en el Pliego. Por ello, este Tribunal interpreta el artículo 247.5 de la LCSP del modo siguiente:

- La prima únicamente se puede otorgar en el ámbito de las concesiones de obra pública, que son las que, de ordinario, supondrán la redacción de un estudio de viabilidad más complejo, dado que analizará la forma de rentabilizar mediante la explotación de una obra pública el elevado desembolso de su construcción por el concesionario. Por ello, dicha figura no es aplicable a los estudios de viabilidad de las concesiones de servicios a los que se refiere el artículo 285.2 de la LCSP.
- La asignación de la prima únicamente procederá a los estudios de viabilidad de concesiones que no estén proyectadas o se exploten actualmente. Es decir, el estudio ha de revelar a la Administración un área de actividad y un modelo de colaboración público privada desconocido para ella en ese momento.
- La prima únicamente se asignará a los estudios que hayan sido considerados suficientes por la Administración al aprobarlos.

Pues bien, procede estimar el recurso al no ser correcta la asignación de la citada prima contemplada en el Pliego. Ello es así porque ni la prima es aplicable al estudio de viabilidad efectuado por el actual prestatario del servicio al no evidenciar a la Administración la existencia de un nuevo ámbito de colaboración, ni dicho premio es aplicable a las concesiones de servicios.



Octavo. La recurrente plantea que el Pliego no define correctamente el criterio sujeto a evaluación según juicio de valor denominado “Proyecto de Organización y Gestión del Servicio” de la cláusula 17.1.39 A del PCAP.

Este Tribunal se ha pronunciado sobre el alcance de su competencia para enjuiciar los criterios no evaluables mediante fórmula señalando en su Resolución 176/2011, de 29 de junio que *“viene considerando de plena aplicación a tales casos la doctrina reiteradamente sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”*.

Lo anterior supone, como señala la Resolución 132/2015, 6 de febrero, que el enjuiciamiento que este Tribunal puede realizar de los criterios sujetos a juicio de valor quede limitado a comprobar que *“tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos y de igual modo las mejoras, queden fijados con el necesario nivel de concreción en los Pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de la mesa de contratación”*.

Pues bien, en la cláusula 19 del PCAP titulada “Contenido de las proposiciones” en su punto 2, se señala el contenido y aspectos a tratar en la proposición el aspecto evaluable subjetivamente en la Memoria “Proyecto de Organización y Gestión del Servicio”. Así el contenido y aspectos a tratar son los siguientes:



“El Proyecto de Organización y Gestión del Servicio consistirá en definir los objetivos que se pretenden alcanzar, los medios que deberán emplearse a tal efecto y la propuesta de organización, funcionamiento y control de los servicios a prestar.

Este apartado deberá contener toda aquella información referente a los medios personales, materiales y técnicos que el licitador ponga a disposición para la organización y gestión de los servicios objeto del contrato.

La extensión máxima admisible del Proyecto de Organización y Gestión del Servicio, incluidos anexos, es de 50 páginas. A efectos de numeración, conforme se ha descrito en la presente cláusula, no se tomarán en cuenta las páginas preliminares.

a) Medios personales adscritos al servicio

El licitador deberá indicar de forma inequívoca aquellos medios personales que se compromete a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato.

Se incluirán en este apartado:

- Relación del personal adscrito a la ejecución del contrato, indicando con suficiente definición: puesto ocupado, convenio colectivo de aplicación, titulación académica y/o profesional, régimen de dedicación y tareas principales que llevará a cabo. El régimen de dedicación deberá expresarse tomando como referencia la duración de la jornada laboral a tiempo completo que se fije con carácter general en el convenio. A modo de resumen, se organizará y presentará la información anterior en una tabla que contenga todos los campos mencionados en el presente párrafo.*
- Justificación de la dimensión inicial de la plantilla adscrita al servicio y, en su caso, de las variaciones en su composición que se hayan previsto a lo largo del contrato.*
- Horario de los trabajadores, sistema de vacaciones y de sustitución por bajas, retén de emergencias y guardias del personal adscrito al servicio.*
- Modelo de gestión de la formación a los trabajadores adscritos al servicio.*
- Planificación de todas las acciones formativas. Se deberá indicar, al menos, el título o nombre de cada acción formativa que el licitador se comprometa a realizar, el área donde se desarrolla, los objetivos generales y específicos, la metodología empleada,*



los destinatarios de la formación y la duración de la misma. En particular, concretar el Plan de Formación en Prevención de Riesgos Laborales.

- Medios personales de apoyo que el licitador se compromete a poner a disposición del servicio para la correcta respuesta y resolución de emergencias o eventualidades, así como para proporcionar soporte técnico en trabajos planificados, indicando con suficiente definición: ubicación, cantidad de trabajadores, categorías profesionales, ámbito de actuación, sistema de comunicación, tiempo de respuesta.

- Políticas de gestión de la igualdad de género y conciliación de la vida personal y laboral. En particular, se definirán acciones concretas, adaptadas a la situación de la Mancomunitat, que el licitador se compromete a llevar a cabo.

b) Medios materiales y técnicos adscritos al servicio

El licitador incluirá en su oferta, de manera inequívoca y con suficiente definición de sus características, las instalaciones, vehículos, maquinaria, materiales, equipos técnicos y otros elementos que se compromete a dedicar o adscribir al servicio para la ejecución de los trabajos o prestaciones conforme a lo establecido en los Pliegos.

El licitador deberá concretar en su Oferta aquellos que se dedicarán en exclusiva al Servicio de la Mancomunitat, indicando las especificaciones a las que se compromete para cada producto y el plan de reposición.

Este apartado contendrá, al menos, el detalle de:

- Dependencias e instalaciones fijas (oficinas, naves, talleres, almacenes, etc.): con indicación de la ubicación, superficie mínima y distribución prevista por estancias; equipamiento; grado de adaptación y accesibilidad para personas con diversidad funcional, etc. A modo de resumen, se organizará y presentará la información anterior en una tabla que contenga todos los campos mencionados en el presente párrafo.

- Vehículos y maquinaria: con indicación de la cantidad, servicio o servicios a los que estará destinado, principales características técnicas (marca, modelo, antigüedad, cilindrada, potencia, tipo de carburante, transmisión, consumo de carburante expresado en litros por cada 100 kilómetros, emisión de CO2 expresado en gramos por kilómetro, etc.), régimen de propiedad (compra o arrendamiento), plazo de puesta en servicio, dedicación, lugar de almacenamiento, etc. A modo de resumen, se organizará y



presentará la información anterior en una tabla que contenga todos los campos mencionados en el presente párrafo.

- Equipos técnicos y herramientas: con indicación de la cantidad, uso y especificaciones principales del producto. Indicación de a qué servicio o servicios estarán destinados. A modo de resumen, se organizará y presentará la información anterior en una tabla que contenga todos los campos mencionados en el presente párrafo.

- Equipos de protección y vestuario: con indicación de la cantidad, uso y especificaciones. A modo de resumen, se organizará y presentará la información anterior en una tabla que contenga todos los campos mencionados en el presente párrafo.

- Existencias o stock: con indicación de la cantidad, uso y especificaciones principales del producto. A modo de resumen, se organizará y presentará la información anterior en una tabla que contenga todos los campos mencionados en el presente párrafo.

Por otra parte, el licitador indicará, de manera análoga, aquellos medios materiales y técnicos de apoyo que se compromete a poner a disposición del servicio para la correcta respuesta y resolución de emergencias o eventualidades, así como para la ejecución de trabajos planificados.

c) Propuesta de organización y gestión del servicio

En este apartado el licitador presentará el proyecto de organización y gestión del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado objeto del contrato en el marco de lo establecido en el presente Pliego, haciendo referencia a los recursos descritos en los apartados a) y b).

El licitador deberá desarrollar la estructura organizativa y funcional del personal participante en el contrato y la propuesta de funcionamiento, seguimiento y control del servicio.

Se adjuntará un organigrama funcional del servicio que muestre la estructura de las distintas áreas de la organización.

Se deberán indicar los servicios que el empresario tiene eventualmente el propósito de subcontratar.



Asimismo, se desarrollará en este apartado el Plan de Comunicación del servicio para la gestión eficaz y transparente de la información y comunicación a todos los niveles: comunicación con los usuarios del servicio, con la Mancomunitat, comunicación interna y comunicación de crisis.”

También el apartado 7 del PPTP regula el contenido relacionado con la organización del servicio.

Lo establecido en ambos pliegos será el parámetro para evaluar las ofertas, salvo los aspectos que, en su caso, se indiquen expresamente para evaluar otros criterios de adjudicación.

Por ello este motivo debe ser desestimado.

Noveno. El recurso plantea la incorrecta aplicación de los criterios de valoración sujetos a fórmula por uso de umbrales de saciedad en los criterios 1,2 y 4 de la Cláusula 17.1.39.1.B del PCAP.

Este Tribunal ha admitido las fórmulas con umbrales de saciedad en los siguientes términos citando nuestra Resolución 976/2018:

“[D]iversas causas, como por ejemplo, el objetivo de obtener obras, servicios o suministros de gran calidad, o la presupuestación rigurosa de un contrato con arreglo a precios de mercado, aconsejan y permiten modular el criterio precio y establecer límites a las reducciones de precios en las ofertas económicas sobre el precio máximo, para evitar precisamente desvirtuar la calidad de la prestación ofertada o para desincentivar la presentación de ofertas mediocres en los criterios de valoración cualitativos a causa de la minoración de los precios ofertados, o que siendo teóricamente buenas luego en la ejecución no se puedan cumplir debidamente con precios ofertados muy bajos.”

Por ello, podemos afirmar que el establecimiento de umbrales de saciedad debe fundamentarse en una finalidad de interés público, como lo es, sin duda, posibilitar que el servicio prestado por el concesionario sea de calidad, y no se vea puesto en peligro por una oferta excesivamente “agresiva” desde el punto de vista cuantitativo que ponga en cuestión la viabilidad financiera del proyecto o exija a aquel reducir la calidad de la prestación.



Es decir, el elemento decisivo para decidir sobre la procedencia de la fijación de umbrales de saciedad es la justificación y motivación en el expediente de contratación de porqué se aprecia que las ofertas que presente valores que excedan del umbral establecido ponen en riesgo la viabilidad económica del servicio sin redundar en ganancias de calidad.

Dicho de otro modo, procederá estimar la impugnación de un umbral de saciedad si se concluye que el mismo hace que las ofertas de los licitadores no alcancen niveles óptimos en los parámetros medidos por los criterios de adjudicación. Alternativamente, el umbral se considerará ajustado a derecho si en el expediente se justifica razonablemente que una oferta que rebase el umbral es difícilmente ejecutable, y no ofrece mejoras en la calidad de la prestación.

En el caso que nos ocupa, la recurrente no despliega ningún argumento técnico que invalide las consideraciones del estudio de viabilidad de la concesión que presenta el modelo de explotación del servicio, sobre los que el órgano de contratación ha fijado esos parámetros de explotación. Como hemos expuesto, no basta con justificar que una fórmula contiene umbrales de saciedad, que es lo que hace la recurrente, sino que hay que demostrar la improcedencia de los mismos, y esa actividad no se ha desplegado por parte de la recurrente. Por ello, dado que no despliega la actividad argumentativa y probatoria necesaria para anular los referidos umbrales de saciedad, debe desestimarse en este punto el recurso.

Décimo. La recurrente también estima que el criterio automático 3 previsto en la Cláusula 17.1.39.1.B del PCAP, consistente en “Seguimiento y Control de la concesión”, debe ser anulado por no guardar relación con el objeto del contrato.

A la hora de enjuiciar la validez de un criterio de adjudicación este Tribunal ha señalado, entre otras, en su Resolución 187/2012, de 16 de septiembre, que estos deben ser configurados de forma que puedan *“ser objetivos, estar referidos o directamente relacionados con la prestación objeto del contrato, permitir determinar cuál de las ofertas o proposiciones presentadas es la más ventajosa económicamente, y no hacer referencia a las características de las empresas”*. En dicha Resolución, con cita al Informe 9/2009 de 31 de marzo de la Junta Consultiva de contratación Administrativa del Estado, se indicaba que la relación entre un criterio de adjudicación y el objeto del



contrato implica *“que el criterio de valoración afecte a aspectos intrínsecos de la propia prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de ésta y que no puede afectar a cuestiones contingentes cuya alteración no afecte ni a la forma de ejecutar la prestación, ni a sus resultados.”*

Precisando el alcance de la anterior afirmación, en la Resolución 62/2011 de 9 de marzo este Tribunal señaló que *“para apreciar si un determinado criterio puede ser utilizado para valorar y adjudicar el contrato será necesario establecer previamente si tal criterio encarna alguna de las características del objeto contractual, de tal forma que sea posible valorarlo en más o en menos en función de que a través de él se ponga de manifiesto que la oferta en cuestión se acerca más o menos a la condición de económicamente más favorable”*.

El criterio se define de la forma siguiente en el Pliego:

“El porcentaje mínimo destinado anualmente para el seguimiento y control de la concesión será del 1%, mejorable al alza hasta un máximo del 3%, sobre el importe facturado (IVA excluido) durante el ejercicio.

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 (7 puntos) al licitador que en su oferta comprometa el 3%.

Las ofertas que propongan un el porcentaje mínimo (1%) obtendrán cero puntos (0 puntos).”

A juicio de este Tribunal, el gasto en seguimiento y control de la Concesión guarda relación con la explotación y prestación del servicio a terceros, objeto del contrato. Lo anterior supone que deba rechazarse la censura planteada en este punto por la recurrente dado que las mejoras ofertas por los licitadores mejorando la gestión y control de la concesión redundan directa e inmediatamente en su buen funcionamiento.

Undécimo. La recurrente plantea también que se debe anular la cláusula 18 del PCAP por cuanto que no concurre causa para no recurrir a la licitación electrónica.

La Disposición Adicional Decimoquinta de la LCSP establece en su apartado 3 los supuestos en que una licitación no ha de ser electrónica:



“a) Cuando, debido al carácter especializado de la contratación, el uso de medios electrónicos requeriría herramientas, dispositivos o formatos de archivo específicos que no están en general disponibles o no aceptan los programas generalmente disponibles.

b) Cuando las aplicaciones que soportan formatos de archivo adecuados para la descripción de las ofertas utilizan formatos de archivo que no pueden ser procesados por otros programas abiertos o generalmente disponibles o están sujetas a un régimen de licencias de uso privativo y el órgano de contratación no pueda ofrecerlas para su descarga o utilización a distancia.

c) Cuando la utilización de medios electrónicos requiera equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los órganos de contratación.

d) Cuando los pliegos de la contratación requieran la presentación de modelos físicos o a escala que no pueden ser transmitidos utilizando medios electrónicos.”

En este caso el órgano de contratación ha emitido y está disponible en la plataforma de contratación, el correspondiente informe justificativo de exoneración de la utilización de medios electrónicos. Tanto en ese documento como en el informe al recurso se justifica que la Mancomunitat carece de medios materiales adecuados para cumplir con los requisitos de las Disposiciones adicionales 15ª, 16ª y 17ª de la LCSP.

Así las cosas ha de decaer este motivo de impugnación al encontrar amparo en la Disposición Adicional 15ª.3 de la LCSP el proceder del órgano de contratación.

Duodécimo. La recurrente aprecia indefinición de la condición especial de ejecución regulada en la cláusula 29 del PCAP.

Dispone la Directiva 2014/24/UE:

““El propósito de las condiciones de ejecución de un contrato es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución. De modo diferente a como ocurre con los criterios para la adjudicación de contratos, que constituyen la base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas, las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas. Las condiciones de ejecución de un contrato deben ser compatibles con la presente Directiva siempre que no sean directa o indirectamente discriminatorias y



estén vinculadas al objeto del contrato, que comprende todos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización.”

Las condiciones especiales de ejecución suponen el establecimiento de una obligación común y uniforme para el adjudicatario, y como tal, constituye un condicionante para cualquier licitador. Constituyen obligaciones exigibles jurídicamente puesto que su incumplimiento da lugar a penalidades, y, en su caso, a la resolución del contrato, como resulta del artículo 202.3 de la LCSP.

Por ello, la condición especial de ejecución debe ser posible, lícita y determinada como cualquier obligación de conformidad con los artículos 1.271, 1.272 y 1.273 del Código Civil.

La cláusula impugnada dispone:

“Se establece como condición especial de ejecución del contrato aquellas medidas destinadas a conseguir una gestión sostenible del agua. Para ello el concesionario establecerá los procedimientos que considere oportunos, fijando unos objetivos asumibles para el servicio, así como los medios tanto materiales como de cualquier otra índole que destine a las campañas de concienciación que vaya a realizar hacia los usuarios del servicio de agua de la Mancomunitat. Establecerá unos parámetros que permitan medir el progreso y el impacto de las medidas encaminadas a conseguir los objetivos marcados en esta medida.”

Pues bien, la redacción de la cláusula 29 del PCAP contiene los elementos esenciales y comunes de esa obligación, resultando admisible que el órgano de contratación deje un cierto margen de libertad a los licitadores para formular en sus ofertas y durante el cumplimiento del contrato el modo de cumplir con dicha condición, cuya inclusión es una exigencia legal.

Al haberse cumplido con el deber de incorporar en el Pliego una condición de las prevista en el artículo 202 de la LCSP en términos jurídicamente suficientes no puede prosperar este motivo del recurso.

Decimotercero. La recurrente discute la obligación de subrogación impuesta en la cláusula 7 del PPT, al no poder configurarse dicha obligación por el órgano de contratación mediante su mención en los Pliegos.



En la Resolución 452/2014, de 13 de junio de este Tribunal se indicó que *“la obligación o no de subrogación de los trabajadores, cuando es prevista en el correspondiente convenio colectivo, es tomada en cuenta en los pliegos a los efectos de información, de acuerdo con el reiterado artículo 120 del TRLCSP, pero los pliegos de contratación no crean obligaciones ni derechos en materia laboral ni pueden regularlos o introducir limitaciones”*.

Dicha conclusión es coherente con el criterio de la Junta Consultiva de Contratación del Estado expresado en su Informe 58/09, de 26 de febrero de 2010, en el que concluye que *“el hecho de no incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que deban regir la adjudicación y ejecución de un contrato de la obligación que pueda afectar a la empresa adjudicataria de subrogarse en las relaciones de trabajo preexistentes para la ejecución del contrato de cuya adjudicación se trate, no es obstáculo para la exigencia del cumplimiento de la misma cuando esté establecida en normas o convenios que sean de aplicación al sector”*, y ello porque la fuerza obligatoria de la subrogación para la empresa entrante *“deriva de la norma o convenio que la recoja y es, por tanto, exigible con independencia de que se especifique o no en el pliego”*.

Ni el PCAP ni el PPT identifican un Convenio colectivo Estatutario que recoja la obligación de subrogación, que es el presupuesto necesario según el artículo 130 de la LCSP para que el órgano de contratación informe del deber de subrogación en el Pliego, por lo que la previsión de la cláusula 7 del PPT debe ser anulada estimando el recurso. A este respecto, hemos de señalar que el órgano de contratación habla de una eventual obligación de subrogación contenida en el Convenio de la empresa que presta actualmente el servicio. Sin embargo, dicha mención carece de eficacia vinculante propia de los Convenios Colectivos Estatutarios, que son los instrumentos adecuados e idóneos para establecer esta obligación entre empresas de un mismo sector de actividad.

Decimocuarto. Finalmente, la recurrente censura que los Pliegos no han incorporado, pese a ser su publicación de fecha posterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y



telecomunicaciones, las menciones obligatorias previstas en materia de protección de datos de carácter personal.

Asiste la razón a la recurrente cuando señala que con arreglo a la Disposición Transitoria Tercera del citado Real Decreto, cualquier anuncio de licitación publicado con posterioridad al 1 de noviembre de 2019, debe incorporar las previsiones de su artículo 5 –que modifica diversos preceptos de la LCSP-, y que el anuncio y pliegos recurridos no cumplen con esa regla.

Sin embargo, dicha censura no puede originar la estimación del recurso en este punto al haberse publicado un nuevo Anexo XIII con posterioridad a la interposición del recurso en la Plataforma de Contratación que subsana ese defecto y advierte a los licitadores de que deben cumplimentar dicho formulario.

Por ello, se desestima este motivo del recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. M. L. A., en representación de FCC AQUALIA, S.A., contra el anuncio y los pliegos de la licitación convocada por la Mancomunitat del Pla de Mallorca, para contratar el "*servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado de la Mancomunitat del Pla de Mallorca*", expediente 04/2019, anular la cláusula 17.1.39 del PCAP, en lo relativo a la concesión de 5 puntos a la empresa redactora del estudio de viabilidad, y la cláusula 7 del PPTP en cuanto a la obligación de subrogación del personal que establece, y retrotraer el procedimiento al momento anterior a la aprobación de los pliegos.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.



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 las Illes Balears, 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.

NOTA: Téngase en cuenta que el plazo ha quedado interrumpido por la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, salvo que como interesado prefiera realizar el trámite antes de que pierda vigencia el citado Real Decreto.