



Roj: **STSJ CV 4910/2022 - ECLI:ES:TSJCV:2022:4910**

Id Cendoj: **46250330052022100672**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Valencia**

Sección: **5**

Fecha: **16/09/2022**

Nº de Recurso: **234/2022**

Nº de Resolución: **706/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FERNANDO NIETO MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA
COMUNITAT VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

En la ciudad de Valencia, a dieciséis de septiembre de dos mil veintidós.

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, compuesta por los/las Ilmos/as. Sres/as. D. FERNANDO NIETO MARTÍN, presidente, D^a ROSARIO VIDAL MÁS, D. EDILBERTO NARBÓN LAÍNEZ, D^a MERCEDES GALOTTO LÓPEZ y D^a MARÍA JESÚS GUIJARRO NADAL, magistrados/as, ha pronunciado la siguiente:

S E N T E N C I A NÚMERO 706/2022

En el recurso de apelación número 234/2022.

Es parte apelante AGUAS DE VALENCIA S.A., representado por el procurador D. Diego Carmona Domingo y defendido por letrada D^a Rut María Urbano Roldán.

Son partes apeladas: - el AYUNTAMIENTO DE AGULLENT, representado por la procuradora D^a M.^a Rosa Úbeda Solano y defendido por el letrado D. Francisco Jesús Hurtado Juan; - AQLARA CICLO INTEGRAL DEL AGUA S.A., representado por la procuradora D^a Beatriz Llorente Sánchez y defendido por el letrado D. Josep Ortiz Ballester.

Constituye el objeto del recurso la sentencia 12/2022, de 31 de enero, que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 6 de Valencia ha dictado en el procedimiento ordinario 43/2021.

La decisión judicial no accede a la pretensión de invalidez jurídica que Aguas de Valencia S.A. formuló contra el anuncio de licitación, pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas relativo a la prestación del servicio municipal de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en el municipio de Agullent.

Ha sido magistrado ponente el Sr. D. Fernando Nieto Martín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia 12/2022, de 31 de enero, dictada por el Ilmo Sr. magistrado-juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 6 de Valencia, en los autos seguidos por los trámites del procedimiento ordinario y de los que trae causa el presente rollo de apelación, decía literalmente en su fallo:

"Que DESESTIMO íntegramente el recurso contencioso-administrativo (...) por el que se aprobó el expediente de contratación de la concesión del servicio municipal de abastecimiento de agua potable y alcantarillado de Agullent, los pliegos rectores de la licitación y documentación anexa".



SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte demandante. Y, admitido en ambos efectos, se solicitó el recibimiento a prueba del RAP 234/2022 por parte de Aguas de Valencia S.A. (pruebas de índole documental y pericial). Solicitud que fue denegada por la Sala.

Habiéndose seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, quedaron los autos conclusos para dictar sentencia. Se ha señalado para la votación y fallo del RAP 234/2022 el día trece de septiembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Aguas de Valencia S.A. cuestiona, en la segunda instancia, la adecuación jurídica de la sentencia 12/2022, de 31 de enero, que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 6 de Valencia ha dictado en el procedimiento ordinario 43/2021.

La decisión judicial no accede a la pretensión de invalidez jurídica que esta sociedad formuló contra el anuncio de licitación, pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas vinculados a la prestación del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en el municipio de Agullent.

Para el Juzgado:

"... Se alega en primer lugar la caducidad del expediente (...) sin que ejerza potestades sancionadoras".

"... tales efectos contrarios a dicho equilibrio económico se producirían, en su caso, en el momento de la ejecución del contrato".

"... por no justificar su duración de veinticinco años al no vincular la misma a la recuperación de las inversiones previstas (...) es negada por la Administración demandada precisando que el canon inicial de 500.000 euros se destina precisamente a inversiones, y que existe una obligación de abonar una cantidad mínima de 10.000 euros al año en concepto de mejoras (...) dicha interpretación auténtica del contenido del pliego, no se apone a su tenor literal y posibilita su adecuación a la normativa legal, artículo 29.1".

"... falta de establecimiento de parámetros objetivos para identificar las ofertas anormales o desproporcionadas (...) no afectando dicha irregularidad, existente, en la redacción de la cláusula 23 del pliego de condiciones administrativas particulares, a los derechos actuales de alguno de los licitadores, procede en virtud del artículo 51 de la Ley 39/2015 conservar el mismo, sin perjuicio de los posibles recursos que cupieran contra la aplicación, por acción o pasividad, arbitraria o inmotivada de dicha cláusula".

SEGUNDO.- El escrito de apelación mantiene, en primer término (a), que el expediente administrativo seguido para aprobar el anuncio de licitación y pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas del contrato de concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en Agullent, se ve afectado por la figura jurídica de la caducidad.

Al haber transcurrido un espacio superior a tres meses desde su inicio. Y tomando en consideración que el estudio de viabilidad incorporado al expediente administrativo es susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen a Aguas de Valencia S.A. Por lo que queda enmarcado en uno de los supuestos recogidos en el artículo 25 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1 de octubre de 2015:

"... b) En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad".

Lo que adscribe al hecho de la falta de correlación temporal que media entre el momento en que se realizó ese estudio de viabilidad y la aprobación del mismo por parte del Ayuntamiento de Agullent:

"... habida cuenta de que el estudio de viabilidad económico-financiero que incorpora dicho expediente (...) contempla, a efectos de la evaluación del riesgo operacional, unos costes inferiores y/o unos ingresos superiores a los vigentes en el momento de aprobarse el expediente de contratación" (escrito de apelación, página 24).

"... se aprobó antes de la pandemia (2017) y con ella las circunstancias y los precios han variado extraordinariamente" (página 25).

Luego, cuestiona la legalidad de dos cláusulas del PCAP. Las números 11 y 23.

La número 11 actúa bajo el título de (b): "Plazo de duración del contrato.

La duración del contrato será de VEINTICINCO AÑOS (25 años), computados a partir del día siguiente a la formalización del contrato, donde el concesionario recuperará la inversión prevista en este pliego para la

correcta ejecución de las obligaciones contractuales, permitiéndole la amortización, en condiciones normales, del capital invertido en la explotación".

Para la representación procesal de Aguas de Valencia S.A., en el pliego no hay garantía del real cumplimiento de las exigencias normativas recogidas en los artículos 15 y 29 de la Ley de Contratos del Sector Público de 9 septiembre 2017 y artículo 10 del Real Decreto 55/2017:

"... al no vincular dicha duración a la recuperación de las inversiones y/o del canon concesional" (escrito de apelación, página 36).

La número 23, por su parte, tiene este objeto (c): "Ofertas con valores anormales o desproporcionados.

El carácter desproporcionado o anormal de las ofertas, llevará aparejada su exclusión del procedimiento de contratación, que se apreciará en función de los parámetros definidos en el artículo 149.2.b) LCSP".

Aquí subraya la circunstancia de que la sentencia 12/2022 habría reconocido que la cláusula 23 no desarrolla, de modo alguno, las previsiones legales vigentes en el artículo 149 de la Ley de Contratos del Sector Público. Pero no le otorga valor invalidatorio alguno al asumir que ello carece de trascendencia en el seno del procedimiento ordinario 234/2022, por no quedar afectados los derechos legítimos de las empresas que decidan participar en el procedimiento de contratación.

Y, con esta perspectiva, señala en la página 38 del escrito de apelación que:

"... No logramos entender la decisión del juzgador de desestimar el motivo de anulabilidad de la cláusula 23 del PCA si el juzgador a quo entiende que dicha cláusula contiene una irregularidad y que no desarrolla el contenido exigido en el artículo 149.2 de la LCSP".

TERCERO.- La Sala accede a la revocación de la sentencia 12/2022, de 31 de enero. Al entender que una de las cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares contraría el derecho aplicable.

Se trata de la número 23:

"Ofertas con valores anormales o desproporcionados.

El carácter desproporcionado o anormal de las ofertas, llevará aparejada su exclusión del procedimiento de contratación, que se apreciará en función de los parámetros definidos en el artículo 149.2.b) LCSP".

En concreto, transgrede el enunciado legal vigente en el artículo 149.2.b) de la Ley de Contratos del Sector Público de 8 noviembre 2017:

"... b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto".

En cambio, la Sala:

- no estima que sea aplicable a la controversia que se sigue en el recurso de apelación 234/2022 la figura jurídica de la caducidad;
- tampoco coincide con Aguas de Valencia en su argumento de que la cláusula 11 es ilegal:

"Plazo de duración del contrato.

La duración del contrato será de VEINTICINCO AÑOS (25 años), computados a partir del día siguiente a la formalización del contrato, donde el concesionario recuperará la inversión prevista en este pliego para la correcta ejecución de las obligaciones contractuales, permitiéndole la amortización, en condiciones normales, del capital invertido en la explotación".

Antes de exponer los fundamentos en los que se apoya este resultado, anotamos que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha emitido una resolución en lo que hace al mismo acto administrativo cuya legalidad es cuestionada por Aguas de Valencia S.A. en el procedimiento ordinario 43/2021.

Se trata de la resolución número 746/2021, de 24 de junio (recurso 90/2021). En ella se da contestación al recurso especial planteado Hidraqua, Gestión Integral de Aguas de Levante S.A.

Entre los varios motivos de impugnación (en las páginas octava y novena de la resolución del TACRC se identifica un total de cinco), se encuentran los dos últimos referidos en el anterior fundamento de derecho. Guardando también vinculación un tercero con los rasgos que presenta el estudio de viabilidad de la concesión. Pero sin que se oponga la caducidad del expediente:

"... con fundamento en las siguientes alegaciones, en síntesis (...) - Finalmente, se impugna el estudio de viabilidad que da lugar a la licitación (...) Combate el recurrente que tanto el canon mínimo como las inversiones anuales comprometen la viabilidad del proyecto. Para ello aporta un cuadro de flujos de caja que oscilan desde -473.993 € (en el primer año) a 25.369 € (en el año 25). Ello determina la necesidad de licitar sin beneficios o a pérdidas" (resolución 746/2021, TACRC).

1.- "... se están produciendo efectos desfavorables para todos (los) operadores económicos susceptibles de concurrir a la licitación" (escrito de apelación, página 25).

a.- En la página 34 de la apelación se resume la postura jurídica seguida, a este respecto, por parte de Aguas de Valencia S.A.:

"... es claro que los costes e ingresos contemplados en el estudio de viabilidad (...) pueden producir efectos desfavorables para aquellos operadores económicos que han presentado oferta (asunción de un mayor riesgo operacional en caso de resultar adjudicatarios), así como para los que no la han presentado (...) (vulneración del principio de libertad de acceso a las licitaciones".

Aunque tuviese razón el demandante (lo que no se analiza por la Sala en el marco del recurso de apelación 234/2022), lo que parece certero es que los perjuicios indicados por la sociedad apelante:

- tanto para los licitadores que participaron en el procedimiento de contratación del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en Agullent;

- como para aquéllos que no hayan tomado parte en él como consecuencia de los términos en que se encuentra redactado el estudio de viabilidad,

se sitúan extramuros, fuera del espacio de alcance al que llega el concepto que maneja el artículo 25.1.b) de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de 1 octubre 2015:

"... produciendo los siguientes efectos (...) b) En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 95".

En el RAP 234/2022 media una suficiente disonancia entre "o, en general, *de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen*" con:

- la participación en un procedimiento de contratación a expensas de un estudio de viabilidad erróneo (para el actor). Con los riesgos que ello produce a los licitadores, al asumir éstos un *riesgo operacional* excesivo;

- la no participación en ese procedimiento. También con el fin de evitar la incursión en un riesgo excesivo para el licitador.

b.- Así lo ha establecido ya la Sala en una STSJCV, 5ª, de 2 noviembre 2021, procedimiento ordinario 26/2020. Al decidir acerca de si la municipalización de la prestación del servicio de agua potable y alcantarillado puede o no quedar enmarcada en el artículo 21.2 de la LPA.

La respuesta del tribunal ha sido negativa. Reproducimos su motivación:

"... 1.- "... caducidad del expediente" (hecho segundo, escrito de demanda).

Como se ha visto *supra*, la representación procesal de Hidraqua, Gestión Integral de Aguas de Levante S.A. considera que el procedimiento seguido ante el Ayuntamiento de Montserrat se ve afectado por la figura jurídica de la *caducidad*. Y es que entre el inicio del mismo (16/07/2018) y su conclusión (el 09/05/2019) ha transcurrido un lapso superior al previsto en el artículo 21.2 de la ley de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas:

"2. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente expediente.

Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en el Derecho de la Unión Europea".

Discrepamos de esta postura jurídica. A partir de la disonancia que hay entre el objeto de la resolución administrativa que concluyó el procedimiento de que se trata *versus* supuesto legal al que se atiene la parte demandante en el POR 26/2020, como base sobre la que edifica su posición de que el expediente en que se tomó el acuerdo de municipalización había caducado.

Para la normativa aplicable:

"... produciendo los siguientes efectos (...) b) En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 95".

Es claro que un expediente de municipalización del servicio de abastecimiento de aguas no es, *per se*, "de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen". Se trata de un procedimiento que *modifica el régimen legal regulatorio* de un servicio público titularidad del Ayuntamiento de Montserrat. Éste es su objetivo matricial: regular, de un modo diverso al vigente hasta ese momento, los rasgos de prestación del mismo.

La circunstancia de que el anterior prestatario en amplias zonas de su término municipal se vea perjudicado por la municipalización (lo que le dota del carácter de interesado en el POR 26/2020), en nada desplaza la calificación del acto hacia uno de gravamen.

Téngase en cuenta, por lo demás, que el supuesto acto de gravamen sería la finalización del vínculo contractual pactado con el Ayuntamiento de Montserrat. Finalización que no se produce por mor del acuerdo de 09/05/2019 o por el del *Consell* de 20/12/2019. Si no por otro pretérito del Ayuntamiento de Montserrat que decidió -a partir de ciertas resoluciones judiciales- no continuar con el contrato de concesión desarrollado por Hidraqua, Gestión Integral de Aguas de Levante S.A."

c.- Coincidimos, entonces, con la postura jurídica que sigue aquí el órgano judicial *a quo*. Al decir que:

"... tales efectos contrarios a dicho equilibrio económico se producirían, en su caso, en el momento de la ejecución del contrato, y por tanto, no afectan a la naturaleza del mismo como actividad de prestación de un servicio que carece de efectos de intervención o gravamen" (sentencia 12/2022, fundamento de derecho primero).

2.- "... anulabilidad de la cláusula 11 del PCAP (...) por contravenir los artículos 15 y 29 de la LCSP " (escrito de apelación, página 37).

a.- Para el apelante, el pliego de cláusulas administrativas particulares (remitiéndose aquí a sus puntos 9, 14, 17 y 34):

"... no prevé(n) la ejecución de unas inversiones concretas que justifiquen que la duración del contrato debe ser de 25 años y no de 20, de 22, de 24 o de cualquier otra duración" (páginas 36 y 37).

El Juzgado había afirmado, a este respecto, que:

"... por no justificar su duración de veinticinco años al no vincular la misma a la recuperación de las inversiones previstas (...) es negada por la Administración demandada precisando que el canon inicial de 500.000 euros se destina precisamente a inversiones, y que existe una obligación de abonar una cantidad mínima de 10.000 euros al año en concepto de mejoras (...) y, por ello, siendo que es la Administración la que, en ejercicio de sus facultades, tiene la de redactar pliego, sea ésta más o menos afortunada, y aunque reconoce este juzgador que adolece de la claridad exigible, dicha interpretación, auténtica, del contenido del pliego, no se apone a su tenor literal y posibilita su adecuación a la normativa legal, artículo 29.1".

Tanto el Ayuntamiento de Agullent como Aqlara Ciclo Integral del Agua S.A.:

- se atienen a los razonamientos que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales efectuó en la resolución 746/2021;

- mencionan las cláusulas 17 y 34 del PCAP y 17 PPT, que sí establecerían recursos suficientes destinados a la inversión como para que el contrato se alargue (a los efectos de debida recuperación de tales importes por parte del adjudicatario del servicio) durante veinticinco años;

- se remiten (Ayuntamiento de Agullent, página 19) al estudio de viabilidad, para exhibir que las inversiones previstas son necesarias para lograr "... una red que permita obtener un rendimiento más allá del 85 % de su aprovechamiento, que está en el año 2017 que se aprobó el Estudio de Viabilidad Económica";

- necesidad (para Aqlara, páginas 21 y 22 de su escrito de oposición a la apelación) de que la falta de motivación genere un supuesto de pérdida de derechos de contradicción y defensa; la tenencia, por parte del órgano de contratación, de una suficiente discrecionalidad técnica en lo que hace a la temática litigiosa controvertida en este punto segundo del fundamento de derecho tercero:

"... que van de la mano con el principio de la discrecionalidad técnica de la Administración que le permite determinar el plazo concesional en pro del interés general, y esto es lo que ocurre en el caso que nos ocupa;



"... doctrina relativa a las consecuencias de falta de motivación que sólo son relevantes cuando se genera indefensión";

- del texto tanto de la Ley de Contratos del Sector Público (Aqlara, páginas 22 y 23) como del reglamento general de desarrollo de la misma cabe exhalar el resultado de que estos:

"... NO exige(n) la inclusión de fórmula o cálculo alguno para la recuperación de la inversión (...) Es más, el artículo 29.9 de la LCSP dispone que el periodo de recuperación de la inversión será calculado conforme a lo dispuesto en el referido Real Decreto, pero NO exige que se incluya en el Pliego ninguna fórmula o cálculo".

b.- Ésta es la postura jurídica por la que aboga el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:

"... de los pliegos se deduce que la concesión sí supone la realización de una inversión, tanto de 10.000 € mínimo anuales, como, en sentido amplio, el canon concesional de al menos 500.000 €. Es por ello que es el establecimiento de la concesión a 25 años lo que permite al recurrente recuperar (rentabilizar) tal inversión.

El establecimiento del plazo de duración máximo que prevé la LCSP es el más beneficioso posible para el licitador que resulte adjudicatario, porque dispondrá de un mayor plazo de explotación de la concesión para amortizar las inversiones a realizar. Particularmente, la inicial, de al menos 500.000 €.

En consecuencia, la alegación debe ser rechazada" (resolución TACRC 746/2021, página 15).

c.- A tenor del artículo 29 de la Ley de Contratos del Sector Público de 8 noviembre 2017:

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

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

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

En cualquier caso, la duración de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios a la que se refiere el segundo párrafo del presente apartado, no podrá exceder, incluyendo las posibles prórrogas, de: (...)

b) Veinticinco años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.

c) Diez años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a) ...".

d.- Como hemos adelantado al principio del fundamento de derecho tercero, la Sala tampoco accede al segundo motivo de anulabilidad del acto administrativo cuestionado en el recurso de apelación 234/2022. Por más que nos parezcan endeble tanto los argumentos ofrecidos por los apelados como los que se recogen en la resolución 746/2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Y es que:

- la normativa exige, sin paliativos, que:

"... Si la concesión de obras o de servicios sobrepasara el plazo de cinco años, la duración máxima de la misma no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos" (artículo 29 de la Ley de Contratos del Sector Público);

- esa "razonabilidad" ha de aparecer, de forma indispensable, en la documentación por medio de la que se inicie el expediente de contratación;

- sin embargo, *ningún detalle acerca de la "razonabilidad"* de que el plazo del contrato de abastecimiento de agua potable y alcantarillado de Agullent se deba alargar *hasta el máximo legal* (veinticinco años; lo que obliga a extremar las precauciones de justificación) como consecuencia del alcance de las inversiones pedidas al prestatario del servicio, obra en esa documentación;

- la simple mención a que éste ha de efectuar alguna tipología de inversiones: 500.000 € (canon inicial mínimo, dedicado mayoritariamente a inversiones); 10.000 € /año, como gasto anual mínimo en mejora técnica del servicio, no supone o equivale a que el tiempo al que llegue el contrato sea el de veinticinco años;
- sin que la discrecionalidad técnica de la Administración habilite, *per se*, para obviar la debida explicación que prevé la ley de contratos del sector público;
- sin embargo, no damos a la circunstancia expuesta un valor de invalidez jurídica.

Para ello nos basamos en el hecho de que en el escrito de apelación la defensa en juicio de Aguas de Valencia S.A. parte de la postura jurídica de que ante el desfase temporal que media entre la fecha de redacción del estudio de viabilidad (año 2017) *versus* el de inicio del procedimiento de contratación (diciembre del año 2020) los costes reales del servicio son muy superiores a los previstos en ese estudio de viabilidad. Mientras que los ingresos del mismo serán inferiores a los vigentes en ese estudio.

Si ello es así, la Sala estima que no debe proceder a anular la cláusula 11 del PCAP:

"... debido al desfase de costes (inferiores) e ingresos (superiores) contenidos en el estudio de viabilidad (2017) respecto a los vigentes en el momento de aprobarse el expediente (diciembre 2020), se ven perjudicados: - Aquellos operadores económicos que, con el fin de evitar la asunción, de resultar adjudicatarios, de un mayor riesgo operacional al previsto en el estudio de viabilidad obsoleto, se han visto obligados a no prestar sus ofertas (...) sí han presentado oferta (...) iniciará la ejecución de la concesión con el efecto desfavorable de asumir un mayor riesgo operacional" (apelación, página 27).

Consecuencia que también cabe dar por confirmada con los cálculos relativos al alcance de los "flujos de caja" que constan en la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 746/2021.

3.- "... anulabilidad de la cláusula 23 del PCAP (...) por contravenir el artículo 149.2 de la LCSP " (escrito de apelación, página 38).

a.- El escrito de apelación mantiene que la decisión de instancia es contradictoria:

"... falta de establecimiento de parámetros objetivos para identificar las ofertas anormales o desproporcionadas (...) no afectando dicha irregularidad, existente, en la redacción de la CLÁUSULA 23 del pliego de condiciones administrativas particulares, a los derechos actuales de alguno de los licitadores, procede en virtud del artículo 51 de la Ley 39/2015 conservar el mismo, sin perjuicio de los posibles recursos que cupieran contra la aplicación, por acción o pasividad, arbitraria o inmotivada de dicha cláusula" (sentencia 12/2022).

Los apelados:

- reproducen la argumentación vertida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales;
- citan la existencia de dos criterios de evaluación de índole económica. Que estatuyen los importes mínimos que han de ser ofrecidos por los licitadores. Por lo que:

"... cualquier oferta que no cumpla estas determinaciones se considera desproporcionada" (página 25, Ayuntamiento de Agullent).;

- Aqlara reproduce parte del informe 119/2018 de la Junta Consultiva de Contratación (se supone que de la Administración del Estado, porque no lo dice la oposición a la apelación):

"... No exige que en la fijación de los parámetros objetivos para apreciar la temeridad (...) hayan de tenerse en cuenta todos los criterios de adjudicación utilizados en el procedimiento, sino que alude únicamente a la oferta considerada en su conjunto" (dictamen 119/2018);

- no se afectaría a los derechos actuales de los licitadores:

"... Es decir, es indudable que nos encontramos ante un recurso interpuesto frente a la aprobación de un expediente de contratación, fase en la que no tiene virtualidad ninguna la inclusión en los pliegos de dicho precepto y ello por cuanto NO se afecta a los derechos de los futuros licitadores" (página 27, oposición de Aqlara Ciclo Integral del Agua S.A.);

- de la lectura del artículo 85 del reglamento general de contratos del sector público: "... no cabe deducir que exista la imposición general de incluir los parámetros determinados para la identificación de esas ofertas anormalmente bajas" (de su página 26).

b.- Para el TACRC:



"... Pues bien, como hemos declarado en resoluciones anteriores, cuando existen varios criterios de adjudicación, como es el caso, los pliegos han de establecer los parámetros para identificar las ofertas que se hallen en presunción de anormalidad, pero sólo si, como establece el artículo 149.1. transcrito, se pretende excluir a alguna oferta por este motivo. De no ser así, no se considera obligatorio su establecimiento.

Efectivamente, en los presentes pliegos no se han establecido parámetros para apreciar la anormalidad de las ofertas, lo cual, conforme a la argumentación anterior, no es motivo para anular los pliegos".

d.- Artículo 149.2 de la Ley de Contratos del Sector Público: "Ofertas anormalmente bajas.

1. En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo.

2. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:

a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente.

b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto".

d.- La Sala invalida la estipulación 23 del PCAP porque:

- también aquí el tenor de la exigencia legal no ofrece duda interpretativa alguna:

"... b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto";

- si "se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar ...", difícilmente cabe que el pliego de cláusulas administrativas de un contrato *guarde absoluto silencio* al respecto. Cuando hay un enunciado normativo que, de modo inexorable, se lo impone;

- y lo impone precisamente para su inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Con el objeto de que la mesa de contratación y, luego, el órgano de contratación disponga ya de los *parámetros objetivos en función de los* que cabrá determinar, en su caso, si alguna/s de la/s oferta/s de los licitadores es temeraria. Por lo que debe ser excluida, tras el seguimiento de los trámites previstos al efecto en la Ley de Contratos del Sector Público, del procedimiento de contratación;

- los argumentos ofrecidos por las dos partes demandadas y Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales no tienen (nos parece) suficiente calado como para excluir la invalidez. Dado que:

- es indiferente que el pliego "pretenda o no" excluir a algún licitador. Cuando la taxativa fijación de parámetros objetivos acerca de la anormalidad le viene reclamada por el legislador estatal;

- el argumento de que "NO se afecta a los derechos de los futuros licitadores", carece de mayor relieve. Cuando estamos ante una exigencia abstracta tendente a facilitar la identificación de las ofertas anormales. Cuestión que, como la práctica y doctrina administrativa muestra, presenta una enorme conflictividad judicial;

- la referencia a las cuantías mínimas que han de ofrecerse por los licitadores en sede de canon inicial (500.000 €) y gasto anual en mejora técnica del servicio (10.000 € anuales) no están relacionadas con la exigencia de determinación, en los pliegos, de los parámetros que identifiquen la anormalidad de las ofertas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 Ley Jurisdiccional, no se efectúa imposición de costas procesales en el seno del recurso de apelación 234/2022. Sin que tampoco se atribuyan costas en lo relativo al procedimiento ordinario 43/2021, Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 6 de Valencia.

FALLAMOS

1.- ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por Aguas de Valencia S.A. contra la sentencia 12/2022, de 31 de enero, que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 6 de Valencia ha dictado en el procedimiento ordinario 43/2021.

La decisión judicial no accede a la pretensión de invalidez jurídica que Aguas de Valencia S.A. formuló contra el anuncio de licitación, pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas relativo a la prestación del servicio municipal de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en el municipio de Agullent.

2.- REVOCAR esta sentencia.

3.- ANULAR el acto administrativo mencionado en el punto primero, al no acomodarse el ordenamiento legal aplicable.

El alcance de esta invalidez jurídica llega únicamente a la cláusula 23 del pliego de cláusulas administrativas particulares:

"Ofertas con valores anormales o desproporcionados.

El carácter desproporcionado o anormal de las ofertas, llevará aparejada su exclusión del procedimiento de contratación, que se apreciará en función de los parámetros definidos en el artículo 149.2.b) LCSP".

Esta cláusula transgrede el enunciado normativo vigente en el artículo 149.2.b) de la Ley de Contratos del Sector Público de 8 noviembre 2017:

"... b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto".

4.- NO EFECTUAR imposición de costas procesales en el seno del recurso de apelación 234/2022. Sin que tampoco se efectúe atribución de costas en lo relativo al procedimiento ordinario 43/2021, Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 6 de Valencia.

Esta sentencia no es firme y contra ella cabe, conforme a lo establecido en los artículos 86 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo o, en su caso, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Dicho recurso deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de su notificación, debiendo tenerse en cuenta respecto del escrito de preparación de los que se planteen ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo los criterios orientadores previstos en el Apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE número 162 de 6 de julio de 2016). Previa consignación de un depósito de 50 € en la cuenta 4318.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el magistrado de esta Sala Sr. D. Fernando Nieto Martín, que ha sido ponente, en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. La Sra. Letrada de la Administración de Justicia, rubricado.