



**EB 2022/082**

**Resolución 148/2022, de 10 de octubre de 2022, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por FCC Aqualia, S.A. contra los pliegos del contrato de “Concesión de servicios de abastecimiento de agua potable y alcantarillado de Zumárraga”, tramitado por el Ayuntamiento de Zumárraga.**

### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 20 de mayo de 2022 se ha presentado en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación pública por FCC Aqualia, S.A. (en adelante, FCC) contra los pliegos del contrato de “Concesión de servicios de abastecimiento de agua potable y alcantarillado de Zumárraga”, tramitado por el Ayuntamiento de Zumárraga.

**SEGUNDO:** Con fecha 20 de mayo el OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 25 del mismo mes.

**TERCERO:** No constan en el expediente interesados diferentes al recurrente y poder adjudicador.





## II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### **PRIMERO: Legitimación y representación**

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.C.R.F. que actúa en su nombre.

### **SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial**

El artículo 44.1 c) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de concesión de servicios cuyo valor estimado supere los 3.000.000 euros.

### **TERCERO: Impugnabilidad del acto**

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

### **CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma**

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

### **QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador**

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Zumarraga tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



## **SEXTO: Motivos del recurso**

El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

- a) Los pliegos prevén umbrales de saciedad en relación con los criterios objetivos que suponen perjuicio para el interés general. Es irrazonable que las variables económicas queden acotadas tratándose de una práctica dañosa para el erario público, injustificada para el resto de licitadores y que distorsiona la importancia de los criterios económicos. A este respecto, cita en apoyo de su argumento diversas resoluciones del OARC / KEAO (40/2018, 136/2018, 40/2017, 109/2014 y 121/2013), del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (326/2015) y el informe nº 760 del Tribunal de Cuentas (apartado 3.2.2.2.1.C).
- b) La consecuencia de lo expresado en el apartado a) anterior es que todos los licitadores van a ofertar para obtener la máxima puntuación, lo que en la práctica determina que la licitación se decidirá sobre la base de los criterios cuya valoración no estaría sujeta a fórmulas.
- c) La configuración de los criterios no evaluables conforme a fórmulas relativos a la inclusión de mejoras ambientales sostenibles y criterios sociales es inadecuada, ya que resulta dudosa su conexión con el objeto del contrato, no se establecen los criterios para la distribución de la puntuación y son criterios que podrían y deberían objetivarse.
- d) Finalmente, solicita que se proceda a declarar la nulidad o la anulación del anuncio y los pliegos impugnados, así como la licitación convocada por el Ayuntamiento de Zumárraga, con retroacción de actuaciones.



## **SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador**

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso por las razones que a continuación se resumen:

- a) En lo que respecta al canon concesional, se alega que no tiene la condición de precio, sino de prestación económica que se une al resto. Como la retribución del concesionario se halla vinculada a lo que pagan los usuarios por el servicio, el canon se configura como una participación de la administración contratante en la explotación. Se configura como un coste del servicio a gestionar que disminuye el beneficio del contratista, por lo que en realidad es una carga financiera más del concesionario. De ello y del principio de continuidad del servicio de abastecimiento de agua y alcantarillado se desprende como esencial la adecuada relación entre canon y tarifas, ya que estas últimas deben ser suficientes para cubrir el coste del servicio. La fórmula tiene una relación directa con el estudio de viabilidad del servicio, su estructura de costes, el beneficio industrial y los ingresos previstos. El umbral de saciedad criticado es la consecuencia lógica de la valoración de las ofertas de forma que todas aquellas que sitúen sus obligaciones / costes por encima de sus ingresos se vean desincentivadas por irracionales y por poner en riesgo la viabilidad de la continuación del servicio.
  
- b) Las fórmulas de determinación de las puntuaciones de las proposiciones cumplen con las reglas establecidas en la LCSP y exigidas por la doctrina administrativa.
  
- c) El importe del tipo de salida del canon concesional se ha establecido de una forma razonada y se ha deducido del “Estudio de viabilidad Económica de la concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado del Municipio de Zumárraga”, en cuyo apartado 5.5 aparecen las proyecciones de la cuenta de resultados anual durante el período concesional. En este sentido, los ejemplos que muestra la recurrente en el documento anejo nº 3 a su recurso se han efectuado sobre una simulación de 10 empresas, cifra de licitadores



improbable dada la especificidad del contrato, y sobre importes de canon superiores a los 376.000 €, cifra que supone que el licitador esté prestando el servicio en pérdida económica.

d) En lo que respecta a la necesidad de constituir un comité de expertos, se opone que resulta palmario que el pliego establece una forma de valoración de las propuestas en las que son superiores aquellos criterios que se valoran mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas, por lo que no se precisa la constitución de ningún comité de expertos.

### **OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO**

En síntesis, el recurso plantea el ajuste a la legalidad de varios de los criterios de adjudicación del contrato. El análisis de la viabilidad de la pretensión deducida ha de partir del contenido de las cláusulas impugnadas:

#### **ANEXO I CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO**

[...]

#### **23 Criterios de adjudicación. (Cláusula 19 y 28)**

[...]

#### **23.1 CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIO DE VALOR, HASTA 45 PUNTOS.**

[...]

<b>CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIO DE VALOR</b>	<b>PUNTUACIÓN</b>
<b>Proyecto de Organización y Gestión del Servicio</b>	
<b>Plan de Explotación de los servicios</b>	25 puntos
Plan de Gestión, Explotación, Mantenimiento y Conservación de las instalaciones y redes de abastecimiento de agua potable	
Plan de control de calidad del agua suministrada	
Plan de mejora del balance hidráulico del sistema de agua potable	
Plan de Gestión y lectura de contadores	
Plan de Gestión, Explotación, Mantenimiento y Conservación de las instalaciones y redes de alcantarillado	
Plan de Gestión Comercial	



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

Plan de innovación y herramientas de gestión

Avance del Plan de Emergencias del Servicio de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado

**Mejoras ambientalmente sostenibles** 10 puntos

Medidas de ahorro en el consumo de agua, tanto para el consumo doméstico como para el uso municipal, incluidos los consumos destinados a riego de parques y jardines

Reducción de Consumo de Energía

Mejora en la gestión de residuos y/o reducción en la generación

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

**Criterios sociales** 10 puntos

Formación del personal

Plan de igualdad y conciliación de la vida laboral y familiar

**TOTAL** 45 puntos

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 un mínimo del 50% en cada apartado, esto es 12,50, 5 y 5 (22,50) puntos en la valoración de los criterios evaluables mediante juicios de valor.

**23.2 CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE FÓRMULAS, HASTA 65 PUNTOS.**

**Importe anual canon concesional: hasta 50 puntos**

Se establece como obligatorio que los licitadores recojan en su oferta el del canon anual que se comprometan a pagar anualmente al Ayuntamiento de Zumarraga durante toda la vigencia del contrato y que no podrá ser inferior a DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE EUROS (257.819€); en dicho sentido toda oferta con una cuantía ofertada inferior a DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE EUROS (257.819€) por el concepto de canon anual será excluida.

Se otorgará el máximo de puntuación (50 puntos) a aquel licitador que consigne el mayor importe. El resto de las ofertas será valorado según la siguiente fórmula:

$$P = \frac{100 \cdot R \cdot (O - T) + 50 \cdot (T^2 - O^2)}{(R - T)^2}$$

Donde:

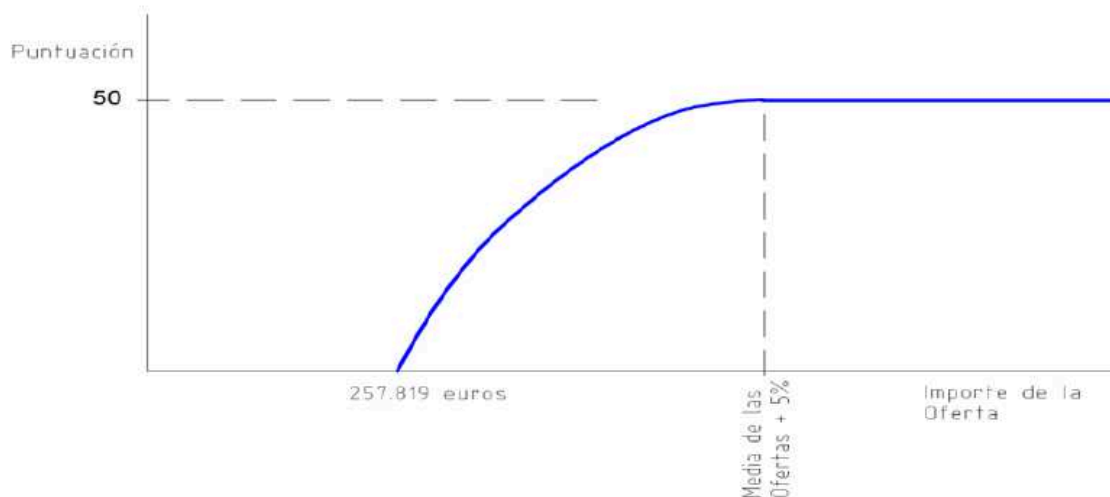


T = tipo de licitación = 257.819,00 €

O = Oferta del licitador

R = Importe de la media de las ofertas de los licitadores incrementada en un 5%.

Toda oferta que supere en un 5% el valor medio de las ofertas de todos los licitadores obtendrá 50 puntos.



### Importe anual destinado a campañas de comunicación y sensibilización: Hasta 2 puntos

Se establece como obligatorio que los licitadores recojan en su oferta el importe que se comprometan a destinar anualmente para la celebración de campañas de comunicación y sensibilización. Se otorgará el máximo de puntuación (2 puntos) a aquel licitador que destine el importe máximo anual de 10.000 € a dichas campañas y al resto se le dotará según la siguiente fórmula:

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

$$V(ICV_o): 2 \cdot (IC_o / IC_{max})$$

$V(ICV_o)$ : Puntuación de la oferta

$IC_o$ : Importe destinado a campañas de comunicación ofertado por el licitador

$IC_{max}$ : Importe destinado a campañas de comunicación y sensibilización máximo según el presente Pliego (10.000 €).

La cantidad ofertada deberá ser un número entero.

### Fondo social: Hasta 3 puntos

Se establece como obligatorio que los licitadores recojan en su oferta el importe que se comprometan a destinar anualmente a constituir un fondo como bono social para la bonificación



o exención de los usuarios que se determine, el cual no será repercutido como coste del servicio a los efectos de su retribución por el conjunto de los usuarios del mismo. Se otorgará el máximo de puntuación (3 puntos) a aquel licitador que se comprometa a dotar con el importe máximo anual de **20.000 €** a este fondo y al resto se le dotará según la siguiente fórmula:

$$V (Fs_o): 3 \cdot (Fs_o / Fs_{max})$$

$V (Fs_o)$ : Puntuación del oferente

$Fs_o$ : Fondo social ofertado por el licitador

$Fs_{max}$ : Fondo social máximo según el presente Pliego (**10.000 €**)

La cantidad ofertada deberá ser un número entero.

#### **24 Ofertas anormalmente bajas. (Cláusula 19)**

Procede: SI

Criterios adjudicación y designación de los parámetros objetivos que permiten identificar que una oferta considerada en su conjunto, se considera anormal,

Oferta económica (criterio B) I) Cuando, concurriendo un solo candidato, sea inferior a veinticinco (25) unidades porcentuales.

II) Cuando concurren dos candidatos, la que sea inferior en más de **20 unidades porcentuales** a la otra oferta.

III) Cuando concurren tres o más candidatos, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas por los licitadores admitidos a la licitación.

La valoración de este OARC / KEAO sobre las cuestiones planteadas es la siguiente:

##### a) Sobre la fórmula de valoración del canon concesional

Resulta pacífico para las partes que la valoración del criterio de adjudicación sujeto a fórmula que valora el canon contiene un umbral de saciedad. Ello se desprende de:

- (i) La literalidad de la propia cláusula, en la que se expresa que Toda oferta que supere en un 5% el valor medio de las ofertas de todos los licitadores obtendrá 50





puntos. En definitiva, todas las ofertas que superen en un 5 por ciento la media de todas las efectuadas obtendrán la misma puntuación (50 puntos), con independencia de su importe.

- (ii) La representación gráfica del comportamiento de la fórmula que consta en los pliegos y en la que se aprecia una puntuación uniforme para todas aquellas ofertas que superen en un 5 por ciento la media aritmética de todas las ofertas.
- (iii) De lo manifestado por el poder adjudicador en su informe de contestación al recurso en el que afirma que la finalidad perseguida al incluir un umbral de saciedad en la valoración del canon concesional ha sido la de desincentivar ofertas irracionales que pongan en riesgo la viabilidad de la continuación de un servicio esencial.

a.1) Doctrina del OARC / KEAO sobre el “umbral de saciedad” en las fórmulas de valoración del precio del contrato

Este OARC / KEAO ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el señalamiento de umbrales de saciedad en las fórmulas que valoran el precio del contrato afirmando que este sistema infringe varios principios de la contratación pública:

- 1) Se infringe el principio de la oferta económicamente más ventajosa, ya que conduce a no valorar adecuadamente las ofertas que mayores ventajas económicas proponen (ver, resolución 152/2018) y no es cierto que a partir de un cierto límite los descuentos sobre el tipo de licitación dejen de aportar ventaja al poder adjudicador (ver, en este sentido la Resolución 40/2018).
- 2) Se conculca el principio de igualdad de trato y no discriminación, pues reciben igual valoración proposiciones con precios dispares.



- 3) También se obvia la libre competencia cuando se elimina casi totalmente la incertidumbre sobre el comportamiento de los licitadores que dicha competencia requiere y se facilita la posibilidad de que las empresas adopten prácticas colusorias prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (ver la Resolución 47/2016) y cuando se desmotiva a los operadores económicos dispuestos a hacer las ofertas de precio más competitivo, ya que saben que no serán valoradas (ver la Resolución 121/2013).
  
- 4) Asimismo, ha afirmado que diseñar un sistema de valoración del precio que pretende desincentivar los mayores esfuerzos que puedan realizar los licitadores en sus ofertas económicas puede calificarse como arbitraria, pues la finalidad que pretende conseguir el órgano de contratación, la de prevenirse contra bajas excesivas que pudieran ser anormales o desproporcionadas, sólo puede lograrse mediante el procedimiento legalmente previsto (artículo 149.4 de la LCSP), que incluye la audiencia al licitador sospechoso para que pueda acreditar que su oferta puede ser cumplida y que tiene como consecuencia, si finalmente se acredita y declara la temeridad, la eliminación de la oferta, lo que no se consigue con el medio elegido por el órgano de contratación (ver la Resolución 152/2018)
  
- 5) Por el contrario, se considera como no contrario a la competencia o al principio de la oferta económicamente más ventajosa un criterio de adjudicación sujeto a fórmula en el que se conoce de antemano lo que hay que ofertar para obtener el máximo de puntos siempre verse sobre un aspecto de la proposición en el que las unidades adicionales a partir de cierto umbral no aportan ventajas merecedoras de puntuación (en este sentido las Resoluciones 136/2018 y 21/2021 del OARC / KEAO) lo que, como ya se ha señalado, no sucede con el precio.



a.2) Sobre el criterio que valora el canon concesional

Trasladado lo anteriormente señalado a la fórmula impugnada, este OARC / KEAO considera que el recurso debe prosperar y la fórmula debe ser anulada por las siguientes razones:

- 1) El criterio de adjudicación valora un aspecto de la oferta de índole puramente monetario, como es el importe a satisfacer al poder adjudicador por el adjudicatario del contrato por la explotación económica de un servicio de titularidad del primero. En este sentido, las apreciaciones efectuadas por este Órgano en el apartado a.1) anterior en relación a las fórmulas de valoración del precio del contrato son plenamente aplicables a la del canon concesional dado que, en definitiva, se trata de valorar un determinado importe económico recogido en la proposición desde el punto de vista del poder adjudicador, por lo que es irrelevante que dicha cuantía sea para él un ingreso o un gasto. En este sentido, carecen de relación con la cuestión suscitada los argumentos del poder adjudicador acerca de la naturaleza jurídica y finalidad del canon concesional.
  
- 2) Los argumentos utilizados por este OARC / KEAO en relación con el umbral de saciedad en la valoración del precio, entendido en sentido amplio, esto es, cuando las ventajas en valoración a partir de un punto son insignificantes o nulas, son especialmente aplicables a una fórmula como la debatida, en la que el umbral no está prefijado en los pliegos y depende de las ofertas que efectúen el resto de los licitadores. Téngase en cuenta que en una fórmula como la analizada la incertidumbre tiende a desincentivar a los licitadores dispuestos a presentar las ofertas más competitivas (es decir, las de canon más alto); así, este Órgano considera que son de aplicación a este supuesto las observaciones del Tribunal General de la UE (Sala Primera) en su sentencia de 16 de septiembre de 2013 (apartado 73) en el sentido de que la falta de conocimiento previo del umbral puede ocasionar que los licitadores más competitivos se



encuentren en una situación de competencia «irracional» ya que, si quieren mantener sus oportunidades de obtener el contrato, se verán obligados a presentar la oferta que estimen lo más cercana posible a dicho umbral y, en definitiva, un canon menos elevado del que habrían podido ofrecer.

- 3) No pueden ser aceptados los argumentos del poder adjudicador, pues en última instancia viene a oponer que no procede incentivar la competencia entre los licitadores más allá del umbral fijado en la fórmula por presuponer que llegados a dicho punto la oferta es temeraria. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la anormalidad de una oferta no puede detectarse o evitarse mediante el establecimiento de un umbral de saciedad que limite las condiciones de dicha oferta, pues dicha anormalidad sólo puede declararse mediante el procedimiento legalmente previsto en el artículo 149 LCSP, que incluye la audiencia al contratista sospechoso y cuya consecuencia es, en su caso, la eliminación de la oferta.

b) Sobre las fórmulas de valoración del resto de los criterios automáticos

La recurrente considera que, al igual que con la fórmula que valora el canon, las otras dos fórmulas, que valoran el importe económico destinado a campañas de publicidad y a un fondo social y en las que también se establecen “umbrales de saciedad”, son irracionales y dañosas para el erario público. Este OARC /KEAO considera que los argumentos contenidos en sus Resoluciones 136/2018, 21/2021 y 122/2022, referidos a fórmulas de valoración de criterios de adjudicación diferentes al precio que no establecen límites a la extensión de lo evaluado, como la oferta de una bolsa de horas adicionales sin límite alguno, son aplicables a las fórmulas que ahora se analizan y conducen a la desestimación de este motivo de recurso.

- 1) En las anteriormente mencionadas Resoluciones este OARC / KEAO ha admitido y ha considerado que no es contrario a la competencia un criterio



de adjudicación sujeto a fórmula que valora un aspecto distinto del precio en el que se conoce de antemano lo que hay que ofertar para obtener el máximo de puntos, por entender que el sistema de valoración se basa en que no aportan ventajas merecedoras de puntuación las unidades adicionales a partir de un cierto umbral.

- 2) Los criterios recurridos valoran el importe económico destinado a campañas de comunicación y sensibilización y el destinado a un fondo que se destinará como bono social para la bonificación o exención de determinados usuarios. Los límites fijados en la fórmula tienen como finalidad la de señalar cuál es el umbral a partir del cual el poder adjudicador ve satisfecha su necesidad. Ha de tenerse en cuenta que, en contra de lo que ocurre con el canon, en el que todo incremento representa un mayor ingreso presupuestario, esto es, una innegable ventaja económica adicional para el poder adjudicador, no ocurre lo mismo con los otros dos criterios automáticos impugnados. Así, llegados a un umbral, la oferta de una mayor cantidad económica destinada a campañas de publicidad o a un fondo social no representan ninguna ventaja para el poder adjudicador debido a que, en el primer caso, las campañas de publicidad deben tener forzosamente un alcance limitado, por la naturaleza de la prestación y la materia y el número limitado de usuarios a los que van destinadas, y, en lo que se refiere al segundo de los criterios, porque la población destinataria del fondo social es un número limitado de usuarios del servicio. En resumen, la ventaja económica que representa una oferta a partir de los umbrales señalados en dichas fórmulas no existe para el poder adjudicador, por lo que resulta conforme al principio de transparencia que se especifique cuál es dicho límite.
- 3) Lo señalado en los apartados 2) y 3) anteriores se debe a que corresponde al poder adjudicador definir sus necesidades. Así, el artículo 1 de la LCSP dispone que una eficiente utilización de los fondos



destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios exige que la contratación de servicios exige la definición previa de las necesidades a satisfacer, el artículo 28.1 de la LCSP obliga a que la documentación preparatoria del contrato determine con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato, y el artículo 145.4 de la LCSP exige a los órganos de contratación que establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades. Todas estas previsiones de la LCSP van encaminadas a que el contrato que se licite esté debidamente meditado y planificado (ver, en este sentido, la Resolución 50/2020 del OARC / KEAO) y a que, entre otras finalidades, los criterios de adjudicación sirvan para identificar la oferta que mejor satisfaga las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato. Esta finalidad no se verá satisfecha si se han de comparar y valorar ofertas que carecen de ventaja económica alguna para el poder adjudicador a partir de cierto umbral.

c) Sobre los criterios de adjudicación evaluables por un juicio de valor

Afirma el recurrente que los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor relativos a la inclusión de mejoras ambientales sostenibles y criterios sociales (i) tienen una conexión dudosa con el objeto del contrato, (ii) no establecen los criterios para la distribución de la puntuación y (iii) son criterios que podrían y deberían objetivarse.

c.1) Sobre la conexión con el objeto del contrato

El análisis del requisito de la vinculación del criterio de adjudicación impugnado al objeto del contrato debe partir del contenido del PPT, que es el documento en el que se describe el objeto del contrato para que los operadores puedan decidir si están interesadas en su adjudicación, contiene los términos en los que el poder



adjudicador desea obligarse con el contratista, recoge las necesidades de interés general que el contrato pretende satisfacer y representan el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales (en este sentido, la Resolución 176/2019 y la Resolución 21/2021 del OARC / KEAO). En lo que a la resolución del recurso interpuesto importa, el PPT que rige el procedimiento impugnado prevé:

- En lo que respecta a obligaciones de índole medioambiental del concesionario, (i) que acredite la certificación de un sistema de gestión de calidad y medio ambiente, de acuerdo con la UNE – EN ISO 9001:2015 y UNE – EN ISO 14001:2015 y que incorpore todas las innovaciones tecnológicas, sistemas, procedimientos, etc. que contribuyan a la minimización de los impactos ambientales en todos los aspectos relativos al servicio, especialmente en lo referente a los medios materiales y las instalaciones fijas (artículo 23), (ii) que tenga en cuenta el impacto energético y medioambiental de los vehículos y maquinaria móvil (artículo 9) o (iii) que se planifique la implantación de tecnologías para el uso eficiente de los recursos hídricos dentro del “Plan de Gestión de Calidad” (artículo 17).
- En lo relativo a los criterios sociales, el artículo 9 del PPT desarrolla las prescripciones relativas a los medios personales con los que se ejecutará el contrato e incluye la obligación de que el concesionario elabore un Plan Anual de Formación Continua para los trabajadores adscritos al contrato con un contenido determinado.

Sobre la base de estas estipulaciones las apreciaciones del OARC / KEAO sobre este argumento impugnatorio son las siguientes:

- 1) El requisito de la vinculación de los criterios de adjudicación al objeto del contrato se cumple cuando se refieren o integran las prestaciones que deben realizarse en virtud del contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que



intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de la prestación o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material. La LCSP cita expresamente las formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas.

- 2) A la vista de las obligaciones que el PPT exige al concesionario es indudable que la valoración de los criterios medioambientales, al igual que el criterio de adjudicación “Formación de personal”, están relacionados con el objeto del contrato, por cuanto el PPT prevé expresamente que el concesionario realice acciones en tal sentido. De esta manera, estos criterios de adjudicación cumplen con la finalidad de orientar o encauzar el contenido de las proposiciones de forma que los licitadores se tengan que adaptar lo más posible a lo deseado por el poder adjudicador si quieren obtener el contrato (en este sentido las Resoluciones 166/2019 y 96/2020 de este OARC / KEAO). Por otro lado, la sentencia del TJUE de 10/5/2012, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284 (apartado 85), antecedente jurisprudencial de la vigente Directiva 2014/24/UE en esta materia, estableció que un criterio de adjudicación puede identificar ventajas económicas (no necesariamente monetarias) que beneficien al poder adjudicador o a los usuarios de la prestación “...pero también a otras personas”, categoría en la pueden incluirse los trabajadores que ejecutan la prestación. Esta consideración permitió aceptar como criterio de adjudicación que los bienes contratados procedieran del “comercio justo”, lo que beneficiaba exclusivamente a los productores de dichos bienes.
- 3) Mientras que de un análisis conjunto del criterio de adjudicación Plan de formación con el artículo 9 del PPT se desprende que lo valorable es el específicamente propuesto para este contrato en concreto (ver, por ejemplo, el Considerando 99 de la Directiva 2014/24/UE), no cabe concluir lo mismo respecto al criterio de adjudicación Plan de igualdad y conciliación de la vida laboral y familiar. La literalidad de este criterio no explicita si el plan a





valorar es el específico para el contrato o, por el contrario, es el que disponga la empresa y tampoco se deduce la conexión con el objeto del contrato de alguna otra estipulación explicitada en el expediente. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 145.2. 1º de la LCSP dispone que los criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir, además de los medioambientales, aspectos sociales vinculados al objeto del contrato, que podrán comprender los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato, pero no los que sean parte de la organización general de la empresa (ver, por ejemplo, la Resolución 186/2018 del OARC / KEAO).

c.2) Sobre la necesidad de prefijar los criterios para la distribución de puntos

Alega el recurrente que los criterios debatidos no explicitan los criterios para la distribución de la puntuación de adjudicación. Nos encontramos ante la impugnación de unas concreciones del criterio principal que este Órgano considera que no puede prosperar por las siguientes razones:

- 1) Si por “criterio para la distribución de la puntuación” la recurrente se refiere a la falta de ponderación de cada criterio secundario, este Órgano ha manifestado con anterioridad (ver en este sentido la Resolución 184/2019) que la obligación de ponderación no alcanza a los subcriterios argumentando, a tal efecto, que cabe introducir factores de ponderación de subcriterios dentro de los criterios de adjudicación una vez transcurrido el plazo de presentación de ofertas, siempre y cuando concurren tres requisitos. En primer lugar, esta determinación ex post, no puede modificar los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación. En segundo lugar, no puede contener elementos que, de haberse conocido en el momento de la preparación de las ofertas, hubiesen podido influir en esa preparación. En tercer lugar, no puede adoptarse teniendo en cuenta elementos que



puedan tener un efecto discriminatorio en relación con uno de los licitadores (véase, en este sentido, la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-677/15p, ECLI:EU:C:2017:998, apartado 33).

- 2) Tampoco prosperaría el argumento impugnatorio si consideráramos que se refiere al método de valoración. A este respecto, este Órgano ha manifestado que ni de la jurisprudencia ni de la normativa de contratos del sector público se desprende la obligación de que el poder adjudicador comunique a los posibles licitadores, mediante publicación en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, el método de valoración que va a utilizar para evaluar y clasificar las ofertas según los criterios de adjudicación del contrato y su ponderación relativa establecidos previamente en sus pliegos rectores, por lo que no es exigible que la configuración del criterio deba incluir dicho método, cuestión que puede quedar dentro del margen de apreciación del órgano evaluador siempre y cuando no se desvirtúe el contenido y la ponderación fijados en los pliegos (ver, por ejemplo, la Resolución 36/2018 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2016, asunto C-6/15 ECLI:EU:C:2016:555, apartados 26 y siguientes).

### c.3) Sobre la necesidad de tener que objetivar los criterios

A juicio de este OARC / KEAO esta alegación debe ser desestimada, ya que si el órgano de contratación tiene discrecionalidad para elegir los criterios de adjudicación, determinar su ponderación y elegir la forma de distribuir los puntos de un criterio automático (ver, por todas la Resolución 211/2021), no procede negarle la libertad de optar por la clase de criterio que considere conveniente (discrecional o automático), siempre que respete los preceptos y principios de la normativa de contratos públicos en esta materia, y mucho menos cuando el recurrente no acredita infracción alguna de los límites del ejercicio de las facultades discrecionales; particularmente, no se prueba infracción del principio



de igualdad de trato y no discriminación, ni el recurrente alega y mucho menos prueba que se hayan formulado de esta manera para favorecer a una empresa o tipo de empresas sin que exista una razón objetiva y proporcionada para ello, haciendo injustificada o desmesuradamente valiosa una característica que solo un posible licitador o categoría de licitadores ostenta (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO).

d) Conclusión

Por todo lo indicado anteriormente, el recurso debe ser estimado parcialmente, anulándose las siguientes cláusulas:

- De la cláusula 23.2 del Anexo I al PCAP lo relativo a la fórmula para la valoración del importe del canon concesional.
- De la cláusula 23.1 del Anexo I del PCAP el criterio evaluable mediante juicio de valor relativo a “Plan de igualdad y conciliación de la vida laboral y familiar”.

La normativa de la Unión Europea aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso (ver, por ejemplo, la resolución 70/2014, de este OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01).



Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

### **III.- RESUELVE**

**PRIMERO:** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por FCC Aqualia, S.A. contra los pliegos del contrato de “Concesión de servicios de abastecimiento de agua potable y alcantarillado de Zumárraga”, tramitado por el Ayuntamiento de Zumárraga, en los términos señalados en el epígrafe d) del apartado octavo de esta Resolución, y cancelar la licitación.

**SEGUNDO:** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

**TERCERO:** Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

**CUARTO:** De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

**QUINTO:** Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

**Vitoria-Gasteiz, 2022ko urriaren 10a**

Vitoria-Gasteiz, 10 de octubre de 2022