



EB 2014/030

Resolución 44/2014, de 7 de mayo de 2014, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen Inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Aquarbe, S.A.U. frente al anuncio de licitación y los pliegos del contrato de “Explotación, control y conservación de las instalaciones de tratamiento de agua potable gestionadas por el Consorcio de Aguas de Busturialdea (salvo ETAP EA) así como de la unidad de control y vigilancia de todos los municipios dependientes de Consorcio de Aguas de Busturialdea”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 24 de marzo de 2014, la empresa Aquarbe, S.A.U. presenta ante el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales (en adelante, OARC/KEAO) recurso especial en materia de contratación frente al anuncio de licitación y los pliegos que rigen la contratación del servicio arriba referenciado. En el mismo se interesa como medida provisional la suspensión del procedimiento de adjudicación hasta la resolución del recurso.

SEGUNDO: Con fecha 3 de abril de 2014 (Resolución B-BN 06/2014), el OARC/KEAO estima la petición de la medida cautelar solicitada y ordena la suspensión del procedimiento, sin afectar al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados.

TERCERO: Consta en el expediente el informe del poder adjudicador al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales/Kontratuen Inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, en relación con el art. 40 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en



adelante, TRLCSP), toda vez que nos hallamos ante un recurso frente al anuncio de licitación de un contrato calificado de servicios y de un valor estimado de 700.000 euros (IVA excluido).

SEGUNDO: El artículo 42 del TRLCSP, sobre legitimación para la interposición del recurso especial en materia de contratación, señala que:

«Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.»

Mientras que el artículo 44. 4 a) del propio TRLCSP prevé que el texto del recurso irá acompañado de:

«a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento.»

A este respecto, queda acreditada la legitimación de Aquarbe, S.A.U. como empresa interesada en la adjudicación del contrato así como la representación de la compareciente.

TERCERO: El artículo 40.2. a) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los siguientes actos:

«a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.»

El recurso especial interpuesto por el operador económico recurrente impugna el anuncio de licitación.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Consorcio de Aguas de Busturialdea es una Administración pública y tiene la condición de poder adjudicador, a tenor de lo dispuesto en los artículos 3.2 a) y 3.3 a) del TRLCSP.

SEXTO: El contenido del recurso es, en síntesis, el siguiente:

a) Se ha incumplido la Disposición Adicional 88ª de la Ley 22/2013, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (DA 88ª) al establecer en los Pliegos que la fórmula a aplicar en la revisión de precios será el 85% de la variación experimentada por el índice de precios al consumo estatal elaborado por el Instituto Nacional de Estadística. La citada norma prohíbe cualquier referencia a un tipo de índice general de precios o fórmula que lo contenga.



b) Se ha incumplido la Disposición Adicional 33ª del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público al no incluir en los Pliegos referencia alguna a la identificación del órgano administrativo con competencias en materia de contabilidad pública ni al órgano de contratación y destinatario que deberá constar en la factura correspondiente.

c) Constan en los Pliegos referencias a legislación derogada, en concreto al Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre.

d) En el anuncio de licitación no se especifican los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera (artículo 75 TRLCSP, en la redacción dada por la Disposición Final 3ª, 4.3 de la Ley 25/2013).

e) No se mencionan los créditos precisos para atender las obligaciones que del contrato pueden derivarse para la Administración (artículo 67 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RGLCAP). Por otro lado, el Consorcio de Aguas no disponía de Presupuesto aprobado para 2014 en la fecha de aprobación de los Pliegos.

f) Los Pliegos únicamente señalan en su Anexo III la relación del personal, sin especificar las concretas condiciones de los contratos, por lo que se incumple el artículo 120 TRLCSP. Por otro lado, sorprende que además se diga que “del servicio anterior al nuevo servicio a contratar existe una minoración aproximada del 62%”, en razón de “mitad del servicio”, “plantas automatizadas” y “medios propios para el mantenimiento de las instalaciones”. Sin embargo, la subrogación afecta a todo el personal que presta servicios incluidos en la licitación, por lo que la mención a la posible minoración está fuera de lugar. En conclusión, el Anexo prevé una necesidad de disminución del personal que presta el servicio objeto de licitación, lo que, puesto en relación con el artículo 53 del Convenio Colectivo Estatal de Industrias de Captación, Elevación, Conducción, Tratamiento, Distribución, Saneamiento y Depuración de Aguas Potables y Residuales convierte esta nota en una decisión arbitraria, infundada y desmotivada. El Consorcio confirmó en los Pliegos de un expediente anterior la subrogación de 17 trabajadores, cuando poco después se publicaron las bases para la creación de una Bolsa de Trabajo de Operadores, Oficiales Electromecánicos y Técnicos de Grado Medio de Explotación, las cuales han sido recurridas por AQUARBE SAU. De ello se desprende la intención del Consorcio de prestar directamente el servicio, obviando el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (comunicaciones a los trabajadores); si tras la adjudicación se pretende minorar el número de trabajadores previamente subrogados por la adjudicataria, y dado que los costes de todo el personal a subrogar han sido contemplados en su oferta, y que tal minoración implicaría una indemnización a este personal, ello implicaría un desequilibrio económico que debería ser subsanado por el Consorcio.

SÉPTIMO: Por su parte, el poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:



a) Se alega que la cláusula sobre revisión de precios se ajusta al artículo 90.3 TRLCSP; se afirma que la prórroga del contrato y su duración no pueden entenderse como elementos de un contrato y no pueden servir de referencia para comprobar si se cumple lo establecido en el TRLCSP para la revisión de precios.

b) En la cláusula vigésima se establece que las facturas se presentarán mensualmente a través del Registro General del Consorcio. Por otro lado, el recurrente presta servicios al Consorcio desde 1994, sin que nunca haya existido un problema con la tramitación de la facturación, ni se trata de una empresa que pueda alegar perjuicio alguno derivado de la falta de datos. La ausencia de mención al órgano específico con competencias en materia de contabilidad pública se debe a que no existe tal órgano en la elemental estructura del Consorcio.

c) El poder adjudicador admite que la legislación señalada por el recurrente está efectivamente derogada, pero se alega que se trata de una única norma, que la norma que menciona el recurrente está igualmente derogada (por el Real Decreto 1496/2003) y que la finalidad de la cláusula correspondiente no es tanto que se entreguen las facturas (obligación legal independiente de lo que digan los Pliegos) como los documentos TC-1 y TC-2.

d) Respecto a la alegación de que en el anuncio no se han especificado los medios de acreditación de la solvencia, se responde que se ha identificado la clasificación exigida y no puede invocarse perjuicio o indefensión; igualmente, es claro que la recurrente conoce los requisitos de solvencia exigidos. Por otro lado, el Consorcio cuenta con un perfil del contratante que garantiza la transparencia y el acceso público a la información.

e) El poder adjudicador entiende que queda fuera de la competencia del OARC/KEAO la cuestión de la suficiencia presupuestaria, por ser ajena a los actos recurribles mediante el recurso especial. Además, la cláusula sexta señala expresamente que “existe crédito adecuado y suficiente para atender a las obligaciones económicas que se deriven de la presente contratación con cargo al presupuesto 2013 (partida presupuestaria 441.227.01). Asimismo, el órgano competente en materia presupuestaria se reservará los créditos oportunos en los presupuestos de los ejercicios futuros que resulten afectados”, lo que cumple estrictamente con las determinaciones legales, ya que la falta de aprobación de un Presupuesto para 2014 en el momento de aprobación de los Pliegos (desde marzo de 2014 ya hay un Presupuesto aprobado) implica la prórroga del Presupuesto anterior; por otro lado, en el expediente consta el informe del secretario – interventor sobre la existencia de crédito presupuestario.

f) Respecto a la cuestión de la subrogación del personal, se recuerda que es precisamente la recurrente la que ha facilitado la información pertinente según el artículo 120 TRLCSP, como empresa prestadora del servicio. Lo que se minorra es el objeto del servicio contratado por el Consorcio y se justifica el mismo (en puridad se trata de un servicio distinto), siendo la única intención del poder adjudicador dar la mayor información posible a los licitadores.

g) Finalmente, se estima que no concurren causas de nulidad de pleno derecho y que no respetaría el principio de proporcionalidad anular los Pliegos, pues las



irregularidades no invalidantes que constan en él no han supuesto indefensión alguna al recurrente.

OCTAVO: La primera alegación del recurso es la ilegalidad de la estipulación sobre revisión de precios por oponerse a la DA 88ª de la Ley 22/2013. La cláusula quinta del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el capítulo VIII del Pliego de Bases Técnicas establecen lo siguiente:

«El presente contrato podrá ser objeto de revisión de precios, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 89 a 94 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre y los artículos 104 a 106 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La fórmula a aplicar en la revisión de precios será el 85% de la variación experimentada por el índice de precios de consumo estatal elaborado por el Instituto Nacional de Estadística, operando del siguiente modo:

Con fecha 1 de enero de cada uno de los años posteriores a la adjudicación, se procederá a la revisión de los precios vigentes en función del 85% de la variación (incremento o disminución) experimentada en el año anterior por el Índice de Precios al Consumo estatal. A tales efectos con las facturas correspondientes al mes de enero ya revisadas, deberá remitirse certificado expedido por el Instituto Nacional de Estadística en el que se indique claramente el IPC a aplicar. En la primera revisión se tomará como variación del IPC la que se produzca desde la fecha en que se dé comienzo la prestación del servicio y el 1 de enero del año siguiente.»

La DA 88ª, por su parte, establece, bajo el título “Desindexación respecto a índices generales de contratos del sector público”, que «El régimen de revisión de los contratos del sector público cuyo expediente se haya iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley no podrá referenciarse, en lo atinente a precios o cualquier otro valor monetario susceptible de revisión, a ningún tipo de índice general de precios o fórmula que lo contenga y, en caso de que proceda dicha revisión, deberá reflejar la evolución de los costes. Se entiende que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.” Se especifica que “se entiende por índice general de precios cualquier índice de precios directamente disponible al público que esté construido a partir de otros índices disponibles al público” y que “se entiende por sector público el conjunto de organismos y entidades enumeradas en el apartado primero del artículo 3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.» Esta norma ha derogado tácitamente el régimen de revisión de precios previsto en el TRLCSP en todo lo que se oponga a su contenido.

A la vista de lo anterior, dado que, en su condición de poder adjudicador, el Consorcio forma parte del sector público tal y como lo define el artículo 3 TRLCSP, y que la convocatoria de la licitación se produjo en marzo de 2014, iniciada la vigencia de la DA 88ª, no cabe duda de la aplicabilidad de este precepto al caso. Igualmente, es claro que la revisión de precios basada en un porcentaje del IPC infringe la prohibición de utilizar índices generales o fórmulas que lo contengan, por lo que este motivo de recurso debe ser estimado y las estipulaciones correspondientes, anuladas.



NOVENO: Respecto al incumplimiento de la Disposición Adicional 33ª del TRLCSP (DA 33ª TRLCSP), debe recordarse que el párrafo segundo de este precepto señala que «En los pliegos de cláusulas administrativas para la preparación de los contratos que se aprueben a partir de la entrada en vigor de la presente disposición, se incluirá la identificación del órgano administrativo con competencias en materia de contabilidad pública, así como la identificación del órgano de contratación y del destinatario, que deberán constar en la factura correspondiente.» Se trata de una redacción incorporada por el número cinco de la disposición final séptima de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo («B.O.E.» 27 julio). En el preámbulo de esta norma se señala que la intención de esta reforma es articular «un nuevo itinerario de presentación de facturas ante el órgano administrativo con competencias en materia de contabilidad pública, a efectos de asegurar que la Administración tiene un conocimiento exacto de todas las deudas que tiene contraídas por la ejecución de los contratos.» El nuevo precepto está relacionado con el artículo 216.4 TRLCSP, que señala *que* «para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá de haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente, en tiempo y forma, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio.» De la lectura conjunta de ambos preceptos se deduce que la intención del legislador al imponer que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) identifiquen al órgano competente en materia de contabilidad pública y al órgano de contratación y destinatario es, por un lado, garantizar que la Administración está adecuadamente informada de las deudas devengadas y originadas por su actividad contractual y, por otro, facilitar al contratista el ejercicio del derecho que, en su caso, pudiera asistirle a reclamar intereses de demora.

En la cláusula vigésima del PCAP impugnado se establece, entre otras cosas, que “el pago del precio se realizará contra la presentación y conformidad del correspondiente documento cobratorio”, y que “se presentarán a través del Registro General de Entrada de este Consorcio las facturas mensuales”. Además, la cláusula duodécima del PCAP establece que “el órgano competente para contratar el objeto del presente contrato es la “Comisión Ejecutiva” del Consorcio de Aguas de Busturia”.

A la vista de lo anterior, es claro que el PCAP sí señala cuál es el órgano de contratación y que el futuro contratista tiene seguridad sobre cuál es el Registro administrativo en el que deben entregarse las facturas para que haya lugar, en su caso, al devengo de intereses de demora. En cambio, es cierto que no se señala cuál es el órgano competente en materia de contabilidad pública, pero tal omisión es una irregularidad no invalidante que no puede perjudicar en nada a la recurrente ni supone un vicio de legalidad del PCAP; como mucho, podría afectar a la Administración, que no tendría el conocimiento más exacto posible de las obligaciones económicas derivadas del contrato a las que debe hacer frente en cada momento, pero incluso ese problema puede no existir en la práctica si el poder adjudicador organiza debidamente sus registros y sistemas internos. Por ello, este motivo de impugnación debe ser desestimado. Sin embargo, este Órgano no puede dejar de señalar que no es procedente la argumentación del poder adjudicador en el sentido de afirmar que la ausencia de mención al órgano específico con competencias en materia de contabilidad pública se debe a que no existe tal órgano en la elemental estructura del Consorcio, pues se trata de una Administración a la que le afectan múltiples normas presupuestarias y de contabilidad pública, las cuales le imponen una serie de obligaciones cuyo cumplimiento corresponde a órganos o unidades concretas, incluso aunque no estén incluidos en su estructura o cuenten



con el apoyo de servicios externos (ver, por ejemplo, los artículos 25 y 26 de los Estatutos del Consorcio, Boletín Oficial de Bizkaia de 26/8/2004).

DÉCIMO: La legislación derogada mencionada por el recurrente se refiere a los requisitos formales que deben cumplir las facturas. El TRLCSP y su legislación de desarrollo no contienen exigencia alguna en este sentido (salvo para las facturas que son a su vez documento de formalización contractual de los contratos menores, artículos 111.1 TRLCSP y 72 RGLCAP), lo cual es razonable si se tiene en cuenta que se trata de una materia regulada en la normativa tributaria y ajena a la relación contractual o a la ejecución del contrato; es precisamente dicha normativa la aplicable y no la consignada en los Pliegos, cuya aceptación por las partes no puede alterarla. En este sentido, el único motivo por la que una mención de legislación derogada como la impugnada pudiera dar lugar a la anulación sería que supusiera una infracción de los principios básicos de la contratación pública o provocara algún perjuicio a los interesados, por ejemplo, retrasando indebidamente la tramitación de los pagos de la facturación, pero tal posibilidad no se ha acreditado en el recurso y a este Órgano considera muy remota y puramente teórica. Por ello, el motivo de impugnación debe ser desestimado. No obstante, el poder adjudicador debe extremar el rigor en la elaboración de la documentación contractual y citar correctamente las normas o, en un caso como el analizado, en el que dicha cita no es exigida por la legislación sobre contratación pública, sustituirla por una remisión genérica a la normativa sectorial.

UNDÉCIMO: El recurso impugna el anuncio de licitación porque no se especifican los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera, tal y como exige el artículo 75 TRLCSP, en la redacción dada por la Disposición Final 3ª, 4.3 de la Ley 25/2013 de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público. En primer lugar, hay que señalar que la norma aplicable al contrato impugnado no sería en ningún caso la actual redacción del artículo 75 TRLCSP; como señala la disposición transitoria cuarta del TRLCSP, en la redacción dada a la misma por la citada Ley 25/2013, la modificación de los artículos 75, 76, 77 y 78 del TRLCSP entrará en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los requisitos, criterios y medios de acreditación que con carácter supletorio se establezcan para los distintos tipos de contratos, desarrollo reglamentario que aún no se ha dictado. Por ello, al contrato analizado le es de aplicación la anterior versión del artículo 75 TRLCSP, que no hace referencia a la obligatoriedad de que en el anuncio de licitación se incluyan los medios de acreditación de la solvencia. Sin embargo, el artículo 62.2 TRLCSP, aplicable al caso, sí que regula la cuestión debatida estableciendo que «los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.» Por lo tanto, debe analizarse si el procedimiento de contratación respeta este precepto. Previamente debe indicarse que el contrato está sujeto a clasificación, la cual sustituye a la solvencia en los casos en los que es exigible (artículo 62.1 TRLCSP); no obstante, la necesidad de incluir los requisitos mínimos de solvencia y los medios para acreditarla no es superflua, pues es aplicable a las empresas de países miembros de la Unión Europea, no obligadas a clasificarse (artículo 66.1 TRLCSP).



Se observa que los cuatro anuncios de licitación (en el Diario Oficial de la Unión Europea –DOUE–, el Boletín Oficial del Estado –BOE–, el Boletín Oficial del País Vasco –BOPV–, y el Boletín Oficial de Bizkaia –BOB–) tienen, en lo relativo a esta cuestión, el siguiente contenido:

- el anuncio del DOUE (que habla de “capacidad económica y financiera”) contiene, en su apartado III.2.2) una remisión a la cláusula 9ª del PCAP, tanto para la “información y trámites necesarios para evaluar si se cumplen los requisitos” como para el “nivel o niveles mínimos que pueden exigirse.”
- los anuncios del BOB, BOE y BOPV señalan la clasificación exigible (Grupo O, subgrupo 4, categoría C) y para la solvencia, se remiten a “lo señalado en el PCAP.”

Del contenido de los anuncios, especialmente del contenido del anuncio en el DOUE, se deduce que no se ha cumplido el deber establecido por el artículo 62.2 TRLCSP, pues en ningún caso consta la más mínima indicación ni de los requisitos de solvencia ni de la forma de acreditarlos. Esta indicación no puede ser sustituida por una mera remisión a los Pliegos, ya que este proceder no aporta ninguna información adicional a las empresas potencialmente interesadas; el anuncio debe ser por sí sólo lo bastante descriptivo de las características fundamentales de la licitación, de modo que los operadores económicos puedan deducir de su lectura si el contrato es de su interés, sin tener que acudir a otras fuentes de información. Así, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios establece en su Anexo VII A que el anuncio de licitación incluirá (apartado 17) lo siguiente:

«17. Criterios de selección sobre la situación personal de los operadores económicos que puedan dar lugar a su exclusión e información necesaria que demuestre que no se hallan en ninguno de los casos que motivan la exclusión. Criterios de selección y datos referentes a la situación personal del operador económico, así como los datos y trámites necesarios para la evaluación de las condiciones mínimas de carácter económico y técnico a las que deberá ajustarse el operador económico. Nivel o niveles mínimos de capacidad que se exijan, cuando así sea.»

A la vista de todo ello, es claro que la publicidad de la licitación no ha satisfecho los requisitos del artículo 62.2 TRLCSP, por lo que este motivo de impugnación debe ser aceptado. Además, debe hacerse constar que el incumplimiento de este precepto no radica únicamente en que no se hayan indicado en el anuncio los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos, sino que tampoco estos datos se han especificado en el pliego del contrato. La cláusula novena del PCAP, a la que se remite el anuncio del DOUE, se refiere al contenido de las proposiciones y en el apartado correspondiente al sobre A (documentación administrativa), en la letra d) (documentos que justifiquen el cumplimiento de los requisitos relacionados con la solvencia económica, financiera y técnica o profesional) se señala (apartado d.1) la clasificación exigible, mientras que en el apartado d.2 se señalan “en su caso” la solvencia económica y financiera y la solvencia técnica, pero sin aclarar cuál es el caso en el que es aplicable la clasificación y cuál es el caso en el que es aplicable la solvencia, dando lugar además a la duda de si se trata o no de dos sistemas alternativos de acreditación de la capacidad. Por otro lado, la redacción del apartado



d.2) se limita a reproducir el artículo 75 TRLCSP (incluyendo la remisión a su inexistente desarrollo reglamentario), cuyo contenido, como ya se ha dicho, no ha entrado aún en vigor y no es aplicable al contrato, sin concretar qué medio de acreditación se desea obtener ni especificar qué nivel mínimo debe acreditarse; la cláusula octava (“Acreditación de la aptitud para contratar”) está redactada en el mismo sentido. Si bien la impugnación se circunscribe al anuncio y no ataca directamente los Pliegos, este Órgano estima que no es incongruente la anulación de estas cláusulas del PCAP porque son, por remisión, parte de la infracción de la publicidad exigida en el artículo 62.2 TRLCSP y denunciada en el recurso. Por otro lado, se observa que los requisitos y medios de acreditación de la solvencia técnica, que no son objeto del recurso y por lo tanto no pueden ser afectados por esta Resolución, adolecen de vicios de legalidad análogos a los señalados en este fundamento.

DUODÉCIMO: El recurrente considera que se ha incumplido el artículo 67 RGLCAP al no mencionarse los créditos precisos para atender las obligaciones que del contrato pueden derivarse para la Administración (artículo 67 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RGLCAP). Se añade que el Consorcio de Aguas no disponía de Presupuesto aprobado para 2014 en la fecha de aprobación de los Pliegos. La existencia de crédito adecuado y suficiente es un requisito que la legislación hacendística y presupuestaria exige con carácter general para la adopción de cualquier compromiso de contenido económico por las Administraciones, y su omisión conlleva la nulidad de pleno derecho del contrato (artículo 32 c) TRLCSP). Es por ello que el artículo 67 RGLCAP (véase también el artículo 26.1 k) TRLCSP) incluyen la mención de los créditos que financiarán el contrato como contenido mínimo del PCAP o, en su caso, del documento contractual. La inclusión en la documentación contractual de la constancia del cumplimiento de este requisito no debe confundirse con el requisito mismo, cuya verificación requiere acudir a la normativa contable y presupuestaria y analizando el estado de las cuentas del poder adjudicador, y cuya omisión puede conllevar la nulidad contractual. Por el contrario, la mención del artículo 67 RGLCAP sólo pretende garantizar a los terceros potencialmente interesados en el contrato la seriedad del compromiso del poder adjudicador, señalando en los documentos contractuales que éste está debidamente respaldado presupuestariamente.

Llegados a este punto, se observa que la cláusula sexta del PCAP, establece que “existe crédito adecuado y suficiente para atender a las obligaciones económicas que se deriven de la presente contratación con cargo al presupuesto 2014 (partida presupuestaria 441.227.07)” y que “el órgano competente en materia presupuestaria se reservará los créditos oportunos en los presupuestos de los ejercicios futuros que resulten afectados.” El contenido de esta cláusula es suficiente para dar por satisfecha la escueta exigencia del artículo 67 RGLCAP. Esta afirmación es independiente de que existiera o no presupuesto aprobado para el ejercicio 2014 en el momento de aprobación de los Pliegos, puesto que la cobertura puede venir dada, como alega el poder adjudicador, por la aplicación de la normativa sobre prórroga presupuestaria. Además, el citado artículo 67 RGLCAP únicamente impone consignar una cobertura presupuestaria; su efectividad depende de la realidad económica de la entidad y de las normas hacendísticas que le afectan y es una



cuestión diferente de la que es objeto de impugnación, no habiendo sido atacada por el recurrente con ningún argumento que haga dudar a este Órgano de la suficiencia

presupuestaria del contrato; por el contrario, dicha suficiencia está acreditada en el expediente por el informe del Secretario – Interventor de 6 de enero de 2014. Por todo ello, este motivo de recurso debe ser desestimado.

DECIMOTERCERO: Por lo que se refiere a las alegaciones del recurrente sobre el incumplimiento del artículo 120 TRLCSP, debe recordarse que, en relación con el alcance del citado precepto, este órgano resolutorio ha señalado (Resoluciones 17/2013, 91/2013, 118/2013, 3/2014 y 23/2014) que la finalidad del art. 120 TRLCSP es la de incluir en los pliegos del contrato información sobre las condiciones de subrogación con el fin de que los eventuales licitadores dispongan de la información suficiente sobre los costes laborales para preparar su oferta económica y, asimismo, que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con las normas laborales o convenios colectivos. Por ello, no corresponde al órgano de contratación realizar o pactar pronunciamientos con efectos constitutivos sobre la existencia y alcance de la obligación de subrogación la cual, de existir, se producirá al margen de lo que los pliegos señalen al respecto. No obstante, la información que figure en el PCAP ha de ser veraz y acorde con el principio de transparencia (artículo 1 TRLCSP) pues, de un lado, los órganos de contratación deben cuidar que el precio del contrato sea el adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe (art. 87 TRLCSP) y de otro, el cálculo del precio ofertado por los licitadores se basará, entre otros conceptos, en dicha información. Ello obliga al poder adjudicador a verificar la información facilitada por la empresa saliente antes de incluirla en los pliegos que rigen el contrato, y posibilita que este órgano resolutorio pueda revisar el cumplimiento del artículo 120 TRLCSP.

Sentado lo anterior, deben analizarse las dos objeciones que el recurso achaca a la información que, en cumplimiento del artículo 120 TRLCSP, contiene el Anexo III del PCAP: por un lado, la falta de datos sobre las concretas condiciones de los contratos, y por otro, la indebida mención de la “minoración aproximada del 62%”.

Sobre la primera cuestión, debe hacerse notar que el recurrente es el anterior adjudicatario del contrato y quien está obligado, según el artículo 120 TRLCSP, a facilitar la correspondiente información. Es por ello que no puede aceptarse que pueda formular objeción alguna a la suficiencia de una información que él mismo ha proporcionado y que se refiere a una situación que sólo él conoce exhaustivamente. El único reparo que podría plantear es que los Pliegos no consignan los datos que proporcionó al órgano de contratación y no reflejan fielmente la imagen de los costes laborales del contrato, (haciendo ver a sus competidores potenciales que la rentabilidad esperable es mayor que la real, p.ej.). Sin embargo, tal reparo no ha sido alegado en el recurso ni se deduce del expediente, por lo que el motivo de impugnación debe desestimarse.



Tampoco merece reproche la mención de que “del servicio anterior al nuevo servicio a contratar/prestar existe una minoración aproximada del 62%”, minoración que se justificaría en razón de reducción del objeto del contrato, automatización y uso de medios propios, no puede considerarse, en principio, contraria a la legalidad. No se trata de una limitación al alcance de la subrogación, el cual sólo puede determinarse por el Convenio o norma laboral aplicable, sino de una advertencia a los licitadores potenciales de que la nueva configuración de la prestación puede requerir una dotación menor de recursos humanos.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava del a 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, el 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 Aquarbe, S.A.U. frente al anuncio de licitación y los pliegos del contrato de “Explotación, control y conservación de las instalaciones de tratamiento de agua potable gestionadas por el Consorcio de Aguas de Busturialdea (salvo ETAP EA) así como de la unidad de control y vigilancia de todos los municipios dependientes de Consorcio de Aguas de Busturialdea” y anular:

a) La cláusula quinta del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el capítulo VIII del Pliego de Bases Técnicas, en los términos expresados en el Fundamento de Derecho Octavo.

b) Los anuncios de licitación y las cláusulas octava y novena del PCAP en lo relativo a la indicación y especificación de los medios de acreditación y los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera, en los términos expresados en el Fundamento de Derecho Undécimo.

SEGUNDO: Levantar la medida provisional acordada por Resolución B-BN 06/2014, de 3 de abril de 2014

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.



CUARTO: 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 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP

Vitoria-Gasteiz, 2014ko maiatzaren 7a
Vitoria-Gasteiz, 7 de mayo de 2014