



**I 03/09 - INFORME SOBRE LA MUNICIPALIZACIÓN DEL SERVICIO DE GESTIÓN INTEGRAL DEL CICLO DEL AGUA EN EL MUNICIPIO DE NERJA (MÁLAGA), EN RÉGIMEN DE MONOPOLIO Y MEDIANTE GESTIÓN INDIRECTA A TRAVÉS DE LA CREACIÓN DE UNA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA**

CONSEJO:

D. Gaspar Llanes Díaz-Salazar. Presidente  
D<sup>a</sup>. Ana Isabel Moreno Muela. Vocal Primera  
D. Juan Luis Millán Pereira. Vocal Segundo

Sevilla, a 20 de enero de 2009.

El Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, con la composición expresada y siendo ponente Don Juan Luís Millán Pereira, en relación con el expediente de municipalización del servicio de gestión integral del ciclo del agua promovido por el Excmo. Ayuntamiento de Nerja (Málaga), ha emitido el presente informe de recomendaciones en materia de competencia.

**I. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** Este Consejo de Defensa de la Competencia tiene atribuida la capacidad de formular recomendaciones o emitir informes para promover o preservar la competencia a las Administraciones Públicas cuando lo estime conveniente, según se establece en el artículo 8.c) del Decreto 289/2007, de 11 de diciembre, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía.

**II. ANÁLISIS DE COMPETENCIA**

**A. SOBRE LA MODALIDAD ELEGIDA PARA PRESTAR EL SERVICIO PÚBLICO: EN RÉGIMEN DE MONOPOLIO, MEDIANTE GESTIÓN INDIRECTA A TRAVÉS DE LA CREACIÓN DE UNA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA**

1. El artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de bases de régimen local, establece que el municipio ejercerá competencias en materia de suministro de agua, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales. Por su parte, el artículo 26.1 de la referida Ley establece la obligatoriedad de que todos los municipios, por sí o asociados, presten servicios de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado. Mientras que el 86 declara la reserva en favor de las Entidades locales del abastecimiento y depuración de aguas.

2. Sobre el alcance del concepto de servicio público en el ámbito local el Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de mayo de 1997 (Ar.1997/4065) se manifestó del siguiente modo:

“El servicio público es así una actividad de prestación de titularidad estatal reconocida por la ley y que comporta, un derecho excluyente a su prestación. Sin embargo, en el ámbito local, existe una noción de servicio público vinculada a la idea de competencia en sintonía con lo reiterado en el art.85 LRBRL, que considera servicios públicos *a cuantos tiendan a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales*. Este concepto (servicio público) atiende (en el ámbito local) no tanto a la idea de titularidad como a la de competencia, de manera que la calificación de una determinada actividad prestacional como de servicio público local no convierte al correspondiente ente local en titular de dicha actividad, ni excluye una eventual prestación a iniciativa de otras Administraciones públicas o a iniciativa de particulares”.

3. Con relación a la amplitud e implicaciones del concepto *reserva de servicio* existen diversas posiciones doctrinales, desde quienes consideran que la reserva únicamente implica titularidad local, a quienes entienden que la reserva supone gestión directa o ejercicio en régimen de monopolio de la actividad. Finalmente están los que entienden que la reserva únicamente posibilita el monopolio, pero no lo impone<sup>1</sup>.

Sobre el significado de reserva de servicio, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 24 de octubre de 1989 (Ar.8890) afirmó que supone “una forma de actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de Ley a la Administración para que ésta lo dirija, lo reglamente y gestione en forma directa o indirecta, y a través de la cual presta un servicio público de forma regular y continua”.

Con base en esta sentencia, entendemos que la reserva local en materia de ciclo integral del agua no prejuzga ni determina el modo de gestión, y mucho menos su necesaria ejecución en régimen de monopolio.

En este sentido, resulta significativo que el artículo 97 del RDL 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, establezca que tanto el modo de gestión como, sobre todo, la prestación en régimen de monopolio de los servicios públicos reservados por Ley, se deben justificar mediante la correspondiente memoria explicativa. En ella debería quedar acreditado, de un lado, que el sistema de gestión para la prestación de servicios elegido garantiza tanto la eficacia como el máximo grado de eficiencia posibles; y de otro, que la conveniente satisfacción de interés general requiere de la excepción de las normas de competencia establecidas en el artículo 86.2 del Tratado de la Comunidad Europea. En este sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado en diversos asuntos sobre la necesidad de probar que el mantenimiento del monopolio de los servicios públicos es necesario para asegurar un estándar de existencia y mínimo de vida de los ciudadanos.

En otras palabras, y en consonancia con la idea más moderna de servicio público local, las actividades reservadas son una categoría de aquellos, en los que la Ley permite la posibilidad de que su prestación se realice con exclusión de la

---

<sup>1</sup> Cfr. J.TORNO MAS (1990), “Competencias municipales para la ordenación y gestión de los servicios públicos (especial referencia al suministro de agua, gas y electricidad)”, en REALA, num.245, pp.27 y ss.

competencia –siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en la normativa vigente para ello-, si bien el servicio también podría ser ofrecido mediante otras modalidades de gestión, bajo el cumplimiento de una estrictas obligaciones públicas.

4. Las formas de gestión de los servicios públicos locales se establecen en el artículo 85.2 de la Ley 7/1985, donde se señalan expresamente las formas correspondientes al sistema de gestión directa, remitiendo en lo referente a las formas de gestión indirecta a las previstas en la Ley de Contratos del Sector Público vigente para el contrato de gestión de servicios públicos. El único límite legal a la libertad de organización de los servicios públicos en el ámbito municipal se circunscribe a aquellos que impliquen ejercicio de autoridad<sup>2</sup>.

5. No obstante lo anterior, entendemos que las formas de gestión establecidas en la Ley 7/1985 no tienen carácter excluyente; esto es, que la libertad de organización del servicio no se limita a la alternativa entre gestión directa o indirecta, y dentro de cada modalidad por los diversos tipos de gestión, sino que podría alcanzar otras modalidades de gestión no expresamente citadas en las normas.

El principio de autoorganización de los poderes públicos y, sobre todo, el hecho de que la prestación de los servicios públicos también venga condicionada por las pautas del libre mercado establecidas en el Derecho comunitario, y a falta de una Ley que regule el sector de forma similar a como lo fueron otros sectores liberalizados en los años noventa como el eléctrico o el de las telecomunicaciones, constituyen argumentos de peso en favor de la idea de que en el ámbito local es posible la ampliación a otras formas de prestación indirecta de servicios, además de las establecidas expresamente en la Ley básica de contratos.

En otras palabras, a nuestro juicio, la aplicación de la competencia en este ámbito sólo estaría constreñida por la obligación de que el resultado no sea contrario al interés de la comunidad destinataria o beneficiaria del servicio público.

No obstante, entendemos que el seguimiento de lo anterior por parte de una Administración Local formaría parte de compromisos potestativos que aquella pudiera adquirir en materia de competencia y no de obligaciones legales de exigible cumplimiento.

6. Este Consejo considera positivo desde el punto de vista de la competencia que el Excmo. Ayuntamiento de Nerja haya decidido modificar la forma de gestión el servicio de gestión integral del ciclo del agua y reemplazar el actual sistema de gestión directa (donde la competencia es inexistente) por otro de carácter indirecto basado en un mecanismo de Colaboración Público-Privada Institucionalizada, mediante la formalización del correspondiente contrato de gestión de servicios en la modalidad establecida en el artículo 253.d) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (sin perjuicio de la consideración que hicimos en el punto 3 acerca de la posibilidad de profundizar en la prestación competitiva de los servicios públicos).

Y ello es así porque el nuevo modelo de gestión supone que los candidatos a participar en la sociedad de capital mixto como socio privado establecerán una suerte de competencia entre ellos para resultar finalmente elegidos, lo que a su vez debería producir un aumento en la eficiencia en la prestación del servicio.

7. No se puede concluir en idéntico sentido acerca de decisión tomada sobre la prestación del servicio en régimen de monopolio, fundamentalmente porque la

---

<sup>2</sup> Sobre las limitaciones de la autonomía de organización de la administración local se pronunció el Tribunal Constitucional en su sentencia de 2 de febrero de 1981.

*Memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero para la municipalización en régimen de monopolio del servicio de gestión integral del ciclo del agua en Nerja mediante gestión indirecta a través de la creación de una sociedad de economía mixta*, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de fecha 18 de junio de 2008 (en adelante, la *Memoria*), no contiene un análisis sobre las razones de su elección frente a otros sistemas de gestión que supusiesen un mayor grado de competencia.

Y se trata de un requisito insoslayable a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia en los casos de otorgamiento de un régimen de monopolio a una persona física o jurídica para la gestión de un servicio público con contenido económico a través de un contrato administrativo.

En concreto, en su Informe I<sub>26</sub>/7/08, *de recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*, en relación con las normas pero que sería extensible al resto de los actos administrativos, asegura que:

“En aquellos casos en que la consecución de los objetivos definidos requiera introducir, directa o indirectamente, algún tipo de restricciones a la competencia, debería ser condición necesaria para su aprobación la **justificación de la necesidad de tales restricciones**. Al fin y al cabo (...) la libertad de empresa y el buen funcionamiento del mercado son objetivos a cuya defensa también vienen obligados los poderes públicos” (p.20).

8. Esta circunstancia, a nuestro juicio, no ha sido satisfactoriamente resuelta con el informe del Secretario General del Excmo. Ayuntamiento de Nerja, de 5 de noviembre, emitido a requerimiento de la Dirección General de Administración Local de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía.

En dicho informe se reconoce en un primer momento que “no se entendió necesario justificar la conveniencia del monopolio”, porque era consustancial al régimen de prestación existente; y que “por la naturaleza misma de la actividad de que se trata, sencillamente ni existe ni en un futuro podrá existir un régimen de libre competencia en la prestación de estos servicios”, a continuación se pasa a señalar los que considera los principales argumentos contenidos en el *Expediente de municipalización del servicio de gestión integral del ciclo del agua* (en adelante, el *Expediente*), que justifican la necesidad de que el ciclo integral del agua en la nueva etapa se preste en régimen de monopolio.

Ahora bien, consideramos dicha justificación insatisfactoria desde un punto de vista de la competencia. Así:

i) se considera que “el régimen de monopolio es la consecuencia lógica jurídica de la reserva de Ley que sobre este servicio hace el art.86 de la Ley 7/85 de Bases de Régimen Local (sobre este extremo nos remitimos a las consideraciones realizadas en el punto 3).

ii) se asegura que “la experiencia de otros municipios en los que el Ayuntamiento ha prestado el servicio de abastecimiento de agua potable en “competencia con otras empresas privadas (...) ha sido nefasta”, sin que en el *Expediente* se detalle ejemplo alguno que avale lo que en estas condiciones no puede ser considerada sino como una opinión.

iii) se afirma que “la consecuencia de que se proponga y ratifique el régimen de monopolio (es) que añadiría una situación de seguridad jurídica más plena” (*sic*), lo que equivaldría a aceptar que libre competencia e inseguridad jurídica van indisolublemente unidos, argumento inaceptable desde el punto de vista de competencia.

iv) se relaciona el hecho de que el Ayuntamiento entendía que “la gestión directa se mostraba insuficiente para afrontar los retos de una gestión integral del ciclo completo del agua”, lo que en todo caso avalaría la necesidad de que el sistema se preste mediante alguna de las fórmulas de gestión indirecta, como la propuesta, pero no necesariamente que se haga en régimen de monopolio.

v) Y, por último, se asegura que la actividad “no es rentable para la iniciativa privada”, argumento inconsistente por cuanto sería lo mismo que decir que tampoco habría empresas interesadas en participar como socio privado en una sociedad mixta para la gestión de una actividad no rentable, cuando precisamente nos encontramos en un sector en el que el interés de las empresas privadas por participar en su gestión es máximo y los ejemplos de participación en cualquiera de las modalidades de gestión indirecta son muy numerosos.

## **B. SOBRE EL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES PARA LA SELECCIÓN, MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO, DE UN SOCIO PRIVADO PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA DESTINADA A LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS MUNICIPALES DEL CICLO INTEGRAL DEL AGUA EN EL MUNICIPIO DE NERJA**

### **B.1. En relación con los requisitos para participar en el concurso**

1. En repetidas ocasiones, la Comisión Nacional de la Competencia ha concluido que, además de por razones de eficiencia, la explotación mediante gestión indirecta de un servicio público en régimen de monopolio sólo se justifica si además “existe una competencia real “por el mercado”, de manera que se eliminan las barreras de acceso al mismo y se produce la presión competitiva en el momento de la licitación” (véase, por ejemplo, el Informe I<sub>26b</sub>/1/07, sobre la competencia en el transporte interurbano de viajeros en autobús en España, p.21).

Con este pronunciamiento, la Comisión Nacional se manifiesta con claridad y en un sentido negativo sobre la necesidad de recurrir a un procedimiento de doble licitación, además de porque no resulta muy práctico, por razones de competencia: primero para seleccionar el socio privado de la empresa mixta; y segundo, para la adjudicación del contrato de gestión de servicios o su concesión a esta empresa en la medida que sea la que presente una mejor oferta.

Ahora bien, para que la prestación del servicio público en régimen de monopolio reciba los efectos positivos de la competencia, hace falta que se respeten tanto los criterios de legalidad (igualdad de trato, de oportunidades y principio de no discriminación), como de proporcionalidad y transparencia en los pliegos seleccionar al socio privado.

2. El artículo 15 de la Ley 30/1992, establece la regulación de la encomienda de gestión de servicios públicos. Y, en concreto, en su apartado 5 dice que cuando el contrato de prestación de servicios públicos se realice a personas sujetas a derecho privado (y por extensión a los procedimientos de selección del socio privado para la constitución de empresas mixtas para la gestión de contratos de servicios públicos), su concesión se deberá ajustar a lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3. En este sentido, del análisis de la Ley 30/2007 se desprende que las empresas mixtas encargadas de la prestación de servicios públicos deben someterse a los

principios de concurrencia, igualdad y no discriminación en cuanto a su constitución; esto es, las normas sobre el contrato de gestión de servicios se aplican a la selección del socio privado que va a acceder a la gestión del servicio mediante su participación en la sociedad de economía mixta.

4. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la Sentencia en el asunto *Stadt Halle* (Asunto C-26/03, Judgment of 11/01/005, Stadt Halle and RPL Lochan), formuló los requisitos necesarios para que el objetivo de la libre competencia no se viera falseado en el procedimiento de selección de un socio privado correspondiente a un instrumento de Colaboración Público-Privado Institucionalizado para la prestación de un servicio público.

5. El artículo 43 de la Ley 30/2007, sobre condiciones de aptitud, establece que “sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas (...) que acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional”.

Por su parte el artículo 51, sobre la exigencia de solvencia, en su apartado 1, dice que “para celebrar contratos con el sector público, los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación”.

6. Los límites a la capacidad de determinación de esas condiciones por parte del órgano de contratación se establecen en el propio artículo 51, apartado 2, donde se viene a decir que los requisitos mínimos de solvencia deberán ser proporcionales al objeto del contrato. En tanto que en el artículo 101, de las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas, se establece en su apartado 2, que “las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por objeto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos a la competencia”.

7. Por su parte, la Directiva 2004/17/CE establece en su considerando 42 que las especificaciones técnicas se deben establecer en términos de rendimiento y exigencias profesionales. Mientras que en artículo 34.2 se dice que “las especificaciones técnicas nacionales deberán permitir a los licitadores el acceso en condiciones de igualdad y no tendrán por objeto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”. La transposición de este precepto a la Ley 31/2007 se recoge en el artículo 34.3, cuyo tenor literal coincide con el 34.2 de la Directiva.

8. Por su parte, el Tribunal Supremo también se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre esta materia. En concreto en la Sentencia de 30 de diciembre de 1987 estableció que “la Administración ha de procurar que los contratos en los que intervenga se concierten en las condiciones más ventajosas, con base en los principios de publicidad y concurrencia, que le permitan mayores posibilidades en la elección de contratistas...”.

En la Sentencia de 19 de septiembre de 2000, aseguraba que “el procedimiento de selección de contratistas ha de estar orientado en la legislación para garantizar un trato igual a todos los que siendo capaces (...) aspiren a ser contratistas, puesto que los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre concurrencia (...) lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos”.

La sentencia de 5 de marzo de 1989, concluía que “la contratación administrativa se configura en un régimen de libertad de concurrencia (...) la igualdad

de oportunidades y la posibilidad de competencia (...) se produce a través de un número indeterminado de licitadores que son llamados de una manera amplia y general, de aquí que, en principio, haya de estimarse que todo lo que signifique restringir participación contraría a dichos principios”.

En tanto que la sentencia de 10 de mayo de 2004, y en un caso muy parecido al que nos ocupa, dictaba “respecto al principio de libre competencia, que la sentencia considera infringido por la cláusula (artículo 36 del pliego) que impide concursar a quienes no acrediten una experiencia de, al menos, tres años en la gestión de servicios municipales de abastecimiento de agua potable, los recursos no ofrecen argumentos que desvirtúen lo afirmado por aquella. En efecto, una cosa es que se tenga en cuenta en el momento de valoración de las ofertas la experiencia previa y otra que se erija en requisito para concursar”.

9. Por último, y en su ámbito competencial, la Comisión Nacional de la Competencia también se ha pronunciado con claridad sobre la necesidad y proporcionalidad de las restricciones a la competencia en materia de contratación pública, así como sobre el principio de transparencia, en el mencionado Informe I<sub>26</sub>/7/08. Y en concreto, señala los siguientes incumplimientos más habituales (y graves) que sugieren la necesidad de adoptar medidas procompetitivas o actuaciones directamente encaminadas a su remoción:

i) pliegos de contratación con criterios de valoración de las ofertas necesarios para adoptar las decisiones de adjudicación que no están directamente relacionados con el objeto del contrato.

ii) introducción como criterios de solvencia técnica necesarios para concurrir al contrato de elementos que a lo sumo podrían encuadrarse como criterios de valoración;

iii) establecimiento de criterios de adjudicación sin adecuación al objeto del contrato, con lo que se desvirtúa el proceso competitivo de la contratación pública.

10. La cláusula 9ª *Pliego*, referida a la documentación a presentar, establece textualmente lo siguiente:

“Para acreditar la solvencia técnica y profesional del licitador se aportará la siguiente documentación:

(...)

A.3.3º Acreditación documental de la experiencia en gestión del Abastecimiento y Saneamiento (gestión conjunta y unificada), durante los tres últimos años, mediante la participación en Sociedades con forma de Sociedades de Capital Mixto, de las reguladas en la Ley 7/1985 (LBRL), en como mínimo cuatro municipios con un número de habitantes no inferior a 20.000.

A.3.4º Acreditación documental de la experiencia en gestión, por otros títulos jurídicos, del Abastecimiento y Saneamiento (gestión conjunta y unificada), durante los tres últimos años en un mínimo de cuatro municipios, que supongan un número de habitantes no inferior a 20.000.

(...)

Si las empresas licitadoras no acrediten alguno de los apartados anteriores, se entenderá no justificada la solvencia económica, financiera y técnica, y por tanto, su propuesta será excluida del concurso.

11. En relación con la inclusión de estas cláusulas con carácter excluyente en el *Pliego* –pues suponen apartar del concurso a las empresas que no puedan acreditarla-, se considera que las mismas vulnerarían el principio de proporcionalidad requerido en los contratos del sector público. Se podrían haber demandado como criterio de solvencia técnica la experiencia previa como indicador de capacidad suficiente para prestar los servicios públicos demandados en condiciones adecuadas (económicas y de calidad), beneficiándose así el Ayuntamiento, y por extensión los destinatarios del servicio público, de un proceso de licitación sometido a un máximo nivel de presión competitiva “por el mercado”.

12. En relación con la magnitud de la experiencia requerida (durante los tres últimos años, en cuatro municipios con un número de habitantes no inferior a 20.000), la entendemos desproporcionada para el contrato objeto de encomienda, tanto por acotar el período válido para acreditar la solvencia técnica, como por el número de municipios y la población exigidas, lo que vulneraría el principio de concurrencia de los contratos del sector público.

13. En relación con la exigencia de que los licitadores tengan acrediten experiencia previa en gestión del Abastecimiento y Saneamiento, mediante la participación en Sociedades de Capital Mixto, entendemos que el requisito no guarda relación directa con el objeto del contrato que no es otro que la prestación del servicio público del ciclo integral del agua y no la participación en ese tipo de sociedades. Además, se podría dar la circunstancia de que no pudieran participar en el concurso empresas de terceros países, y en especial de Estados miembros de la UE, donde la legislación en materia de contratación pública no contemplara la prestación de un servicio público a través de sociedades de economía mixta. En consecuencia, se vulnerarían los principios de concurrencia y de igualdad de trato en la contratación pública, por cuanto no podrían optar al contrato empresas que acreditaran experiencia en la prestación de un servicio similar, bajo otra modalidad de contratación (por ejemplo, mediante concesión).

## **B.2. En relación con los criterios para la valoración de las ofertas**

14. El Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesión (COM(2004)327 final), en su punto 58 dice que, en cumplimiento de los principios y normas que se derivan del derecho comunitario, y en especial las de competencia cuando la atribución de misiones a una entidad se realiza mediante un acto unilateral, como es el contrato de gestión de servicio público, “la selección de un socio privado para realizar dichas misiones (...) no puede basarse en la calidad de su aporte en capital o de su experiencia, sino que hay que tener en cuenta las características de su oferta (la más ventajosa económicamente) relativas a las prestaciones específicas que ha de realizar, puesto que, la operación de capital, si no se dispone de criterios claros y objetivos que permitan al poder adjudicador seleccionar la oferta más ventajosa económicamente, podría constituir una violación del Derecho en materia de contratación pública y concesiones”.

15. La Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, regula la transposición al ordenamiento jurídico español de las directivas sobre el particular. En concreto, la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, y la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero.



De conformidad con lo establecido en estas normas, los principios fundamentales que deben presidir los concursos en el sector del agua (incluidos los relacionados con la selección del socio privado) y que aparecen expresa y claramente definidos en los considerandos 9 y 55 de la primera de las directivas, son: el mejor precio y la oferta más ventajosa en relación con las soluciones técnicas planteadas; los compromisos medioambientales asumidos; la reducción de las pérdidas de agua en los procesos de distribución; el establecimiento de fuentes alternativas para hacer frente a eventuales situaciones de sequía; y las mejoras adicionales en la calidad del agua suministrada.

16. La cláusula 12ª del *Pliego* determina que la Mesa de Contratación evaluará, sobre la mayor o menor ventaja de las proposiciones, teniendo en cuenta los siguientes elementos y puntuaciones:

- A. La oferta económica y la memoria justificativa de costes e ingresos del servicio, así como la evolución económica (máximo 60 puntos)
- B. Mejor organización humana y técnica (máximo 20 puntos)
- C. Estudio Técnico del Servicio (máximo 12 puntos)
- D. Plan de Control de Calidad del Agua Potable y del Agua Vertida más allá del cumplimiento de la legalidad en la materia (máximo 8 puntos)

17. Del análisis de esta cláusula se desprende, de un lado, el escaso peso en las ponderaciones en la adjudicación del concurso de aspectos referidos a factores relacionados la idea de oferta económicamente ventajosa para los usuarios del servicio (máximo 8 puntos para aspectos relacionados con la calidad); y la ausencia de ponderación de factores económicos como puedan ser los compromisos de extensión del servicio a los ciudadanos el municipio que no tienen acceso a la red pública de abastecimiento y saneamiento; de reducción de pérdidas de agua en las conducciones; o de propuestas de disminución de las tasas y tarifas del servicio en función de las mejoras de eficiencia que se alcancen con el nuevo sistema de gestión, pues aunque su aprobación tasas corresponde al Ayuntamiento, el estudio justificativo y su propuesta de modificación las realiza la Sociedad de Economía Mixta (cláusula 40ª del *Pliego*).

Además se da la circunstancia de que la oferta económica (o canon inicial), el determinante principal en la adjudicación del concurso, tiene el carácter de anticipo del socio privado a la Empresa Mixta como pago al adjudicatario del contrato de servicio encomendado, contemplándose su devolución íntegra por parte de aquella al socio privado a lo largo de 25 años y a un tipo de interés máximo del *euribor* más 1 punto (cláusula 9ª del *Pliego*).

18. Todos estos elementos alejan el procedimiento descrito en el *Expediente* de los conceptos de oferta económicamente ventajosa que se correspondería con los criterios de eficacia y eficiencia en la contratación pública.

### III. RECOMENDACIONES

1. El municipio constituye un ámbito especialmente adecuado para experimentar nuevas formas de gestión de los servicios públicos que supongan el máximo aprovechamiento de los beneficios de la competencia. En tanto que en su concreción se deberán tener en cuenta, de un lado, la propia evolución de la noción de servicio público en la Unión Europea; y, de otro, la favorable experiencia acumulada en materia

de liberalización de determinados sectores económicos, inclusive aquellos en la participación en el mismo requiere importantes inversiones en infraestructuras y que hasta la fecha habían tenido la consideración de monopolios naturales (como la gestión de servicios aeroportuarios).

Hubiera sido deseable que el Excmo. Ayuntamiento de Nerja hubiese explorado con más decisión y rigor la posibilidad de introducir un mayor grado de competencia en la prestación del servicio público del ciclo del agua, todo ello sin desmerecer el impulso que en este sentido se le ha querido dar mediante la creación de una sociedad mixta para su gestión y la introducción de cierto grado de competencia por el mercado a través del concurso público convocado para seleccionar el socio privado para la constitución de dicha sociedad.

2. El máximo aprovechamiento de las ventajas que se derivan de la competencia en la prestación de cualquier actividad económica, y en particular en la gestión de los servicios públicos, demanda del seguimiento los principios de regulación eficiente y favorecedora de la competencia: necesidad y proporcionalidad de las restricciones a la competencia; y transparencia.

A continuación se relacionan algunas recomendaciones sobre este particular referidas al *Pliego*.

A) En relación con los requisitos para participar en el concurso:

- Se recomienda que se suprima la cláusula 9ª (apartados A.3.3ª y A.3.4ª) del *Pliego*.
- Se recomienda que se demande como indicador de solvencia técnica y capacidad suficiente la posesión de experiencia previa en la prestación de los servicios públicos de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas (gestión conjunta y unificada), en condiciones adecuadas (económicas y de calidad), en algún municipio de tamaño similar (en número de habitantes). Se deja a criterio del Ayuntamiento el número de años necesarios para acreditar dicha solvencia.
- La participación en Sociedades de Capital Mixto, por cuanto no guarda relación directa con el objeto del contrato, o la experiencia acumulada por el candidato a socio privado –al margen de la requerida para participar en el concurso–, podrían ser incluidos, en todo caso, entre los elementos adicionales (no fundamentales) a considerar para su adjudicación.

B) En relación con los criterios para la valoración de ofertas:

- La aportación de capital (oferta económica) por parte del socio privado no debería formar parte de los elementos a considerar para la adjudicación del concurso, por cuanto no supone ninguna ventaja para los usuarios del servicio. Esta recomendación es singularmente necesaria en este caso puesto que dicho canon inicial se ha definido como un anticipo del socio privado a la sociedad mixta, reintegrable y con intereses.
- Por la misma razón, se recomienda que se suprima la Memoria justificativa de costes e ingresos del servicio, así como la evolución económica, como criterio para la adjudicación del concurso.
- Se recomienda que los criterios directamente relacionados con la idea de oferta económicamente ventajosa para los usuarios se conviertan en el principal elemento en la resolución del concurso (entre 50 y 70 puntos) y se complemente además de con aspectos relativos a la calidad del agua potable (que ya se contemplan), con otros relativos, por ejemplo, a



compromisos de extensión del servicio a ciudadanos que no tienen acceso a la red pública de abastecimiento y saneamiento; o a propuestas de disminución de tasas y tarifas del servicio en función de las mejoras de eficiencia que se alcancen con el nuevo sistema de gestión.

- Se recomienda que se defina un nuevo bloque de elementos a considerar para la valoración de ofertas que contemple los compromisos que el socio privado se plantee asumir en materia medioambiental, y que podría estar integrado, además de por los referidos al tratamiento de las aguas vertidas más allá del cumplimiento de la legalidad, por otros que tengan que ver, por ejemplo, con la disminución de las pérdidas de agua en las conducciones.
- Los bloques “Mejor organización humana y técnica”, en el que se podrían incluir los aspectos relativos a la experiencia adicional (en años o en sociedades mixtas); así como los de “Estudio del Servicio” y “Compromisos Medioambientales”, podrían tener una ponderación parecida (entre 10 y 15 puntos).