



Recurso nº 710/2019

Resolución nº 845/2019

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

En Madrid a 18 de julio de 2019

VISTO el recurso interpuesto por D. P.S.B., en representación de la compañía ÁREAS DE SERVICIO DE GORNAZO S.L., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Cláusulas de Explotación, correspondientes al concurso público para la adjudicación del contrato de *“concesión de servicios para la explotación de las instalaciones del Área de Servicio El Gornazo (Santander a Torrelavega), P.K. 191+000 de la Autovía A-67, Término municipal Miengo. Provincia de Cantabria”*; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La licitación que nos ocupa se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector público el 21-5-2019, el 21-3-2019 en el DOUE y en el BOE el 18-6-2019, como contrato de concesión de servicios, valor estimado 3.636.035,08 euros.

Segundo. El CUADRO DE CARACTERÍSTICAS del PCAP, en lo que nos interesa, dispone:

“1. ÁREA DE SERVICIO OBJETO DEL CONTRATO

Denominación del Área de Servicio: El Gornazo Carretera y P.K. de ubicación: A-67, P.K. 191+000 Margen: Ambas

Comunidad Autónoma: Cantabria



Provincia: Cantabria

1. DATOS DEL ÁREA DE SERVICIO

Fecha puesta en servicio del área de servicio: 5 de diciembre de 2001 Presupuesto Licitación (sin IVA) del proyecto aprobado: 4.473.502,51 €

Otros proyectos de ampliación, reforma o rehabilitación:..."

...

9. VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO Y CÁNON MINIMO ANUAL

- El valor estimado del contrato, determinado de acuerdo al artículo 101 LCSP será de 3.636.035,08€.

- El canon anual que el concesionario se compromete abonar no podrá ser inferior a 196.004,10 €".

Y el PCAP:

"1. OBJETO Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

Constituyen el objeto del presente Pliego las cláusulas administrativas particulares que han de regir el contrato de concesión de servicios para la gestión y explotación de las instalaciones del Área de Servicio, que por su naturaleza constituye un único lote indivisible, indicada en el cuadro de características.

El contrato de concesión de servicios de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y 2014/24/UE, relativa a la contratación pública, ambas de 26 de febrero de 2014, comprenderá necesariamente, durante todo el término de vigencia del mismo, las obras que conforme al artículo 232 de la LCSP, se califican de reforma, gran reparación, de



reparación simple, de conservación y mantenimiento, así como la gestión y explotación de las instalaciones.

2. NATURALEZA Y LEGISLACIÓN APLICABLE

2.1. Naturaleza del Contrato

El contrato de concesión de servicios tiene naturaleza administrativa, de acuerdo con lo recogido en la LCSP, y ambas partes quedan sometidas expresamente, para cuanto no esté previsto en el presente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante también, PCAP o Pliego), a la normativa citada en el epígrafe siguiente.

Por tanto, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la legislación vigente, el Órgano de Contratación ostenta la prerrogativa de interpretar este contrato, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlo por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

2.2. Régimen jurídico del Contrato

El contrato de concesión de servicios del área de servicio incorpora al mismo la obligación de construir y explotar y se regirá por lo dispuesto en el presente PCAP, en el Pliego de Cláusulas de Explotación, aprobados por la Administración competente y subsidiariamente por lo dispuesto en la Ley 37/2015 de 29 de septiembre de carreteras, en la LCSP, en sus respectivas disposiciones reglamentarias de desarrollo siempre que no contravengan lo establecido en las disposiciones de rango superior, Instrucciones, Órdenes Circulares y Notas de Servicio que sean de aplicación en la Red de Carreteras del Estado.

...

La concesión del área de servicio regulada en el presente pliego implica la ocupación del dominio público integrante del área de servicio por parte del concesionario y no supondrá cesión del dominio público estatal ni de las facultades dominicales del Estado. Dicha ocupación se regirá por lo dispuesto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas y en la legislación sectorial de carreteras.



...

El concesionario a su vez vendrá obligado al abono al Estado del canon anual que se compromete a satisfacer en la proposición que sirve de base para el otorgamiento de la concesión en el correspondiente procedimiento de adjudicación del contrato y de acuerdo con los términos que se fijen en el presente PCAP.

6. VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO

El Valor Estimado del Contrato es el indicado en el Cuadro de características, calculado como el importe neto de la cifra de negocios, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, que se estima generará la empresa concesionaria durante la ejecución del contrato como contraprestación por las obras y los servicios objeto del contrato, así como de los suministros relacionados con estas obras y servicios.

...

11.3. Sobre nº 2: Documentación técnica. Documentos que deben incluirse para la valoración de los criterios no evaluables mediante fórmulas.

En el sobre nº2 se incluirá cada una de las soluciones que, en su caso, presente el concursante, cuyo contenido será el siguiente:

a) Proyecto básico de adecuación de las instalaciones existentes y de instalación de nuevos servicios.

El proyecto deberá basarse en el estado actual de las instalaciones y contendrá aquellas actuaciones de reforma o de reparación que el licitador proponga realizar sobre las instalaciones existente (sic), y aquellas actuaciones necesarias para implementar los nuevos servicios ofertados por el licitador en su propuesta.

...

12. VALORACIÓN DE LAS PROPOSICIONES



La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

12.1. Valoración de los criterios no evaluables mediante fórmulas: Puntuación técnica (1131)

Los criterios no evaluables mediante fórmulas se valorarán con un máximo de 100 puntos

...

12.2. Valoración de los criterios evaluables mediante fórmulas: Puntuación económica (PE)

Los criterios evaluables mediante fórmulas se valorarán con un máximo de 100 puntos.

La valoración PE (puntuación económica) será obtenida con el criterio siguiente:

La cantidad anual que se compromete a abonar a la Administración el licitador en concepto de canon, que será como mínimo la indicada con tal carácter en el apartado 15 del cuadro de características, se valorará entre 0 y 100 puntos, correspondiendo 100 a la oferta de cuantía superior y 0 a la cuantía mínima que sirvió de base de licitación, valorándose proporcionalmente de forma lineal las comprendidas entre ambas.

...”.

Y en el “pliego de cláusulas de explotación para el contrato de concesión de servicios para la explotación del área de servicio el Gornazo”, se dice:

“Cláusula 2.- Características de la concesión.

Las instalaciones deberán contar con la capacidad suficiente para atender la demanda potencial existente en la zona de influencia de la carretera.

Las instalaciones deberán prestar necesaria y obligatoriamente los servicios de estación de suministro de combustible de automoción, con separación para vehículos ligeros y pesados, restaurante-cafetería, teléfono, aseos, aparcamientos diferenciados de turismos,



pesados y autocaravanas, tienda de conveniencia de artículos generales y productos de automoción, zona de descanso, juegos infantiles y servicios destinados a autocaravanas.

El licitador podrá proponer otros servicios que considere de interés para los usuarios, siempre que no sean contrarios al Reglamento General de Carreteras, al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Contrato o a la O. C. 320/94 C y E. sobre Áreas de Servicio de la Dirección General de Carreteras.

...

Cláusula 4.- Canon por la explotación de servicios

El canon mínimo por la explotación de las instalaciones incluidas en el área se establecerá en el anuncio de la licitación del contrato de concesión y en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato.

De conformidad con lo establecido en el número 4 del artículo 26 de la Ley 37/2015 de Carreteras, el concesionario de área de servicio vendrá obligado al abono al Estado del canon anual que se comprometiera a satisfacer en la proposición que sirva de base para el otorgamiento de la concesión, el cual no podrá ser inferior al importe de la suma de los cánones por ocupación de dominio público y por explotación de obras y servicios públicos establecidos en el número 5 del artículo 29 de la citada Ley.

La liquidación del canon correspondiente a un año natural determinado se realizará durante el primer semestre del mismo año y se realizará conforme a la Ley 58/2003 General Tributaria, mediante su ingreso en el Tesoro Público, utilizando los medios habituales de pago aceptados por el Ministerio de Economía y Hacienda.

La liquidación del primer y último canon de la concesión será proporcional al número de días que devengan el pago. Así pues, el importe del primer canon a abonar se obtendrá multiplicando el canon ofertado por el número de días del año desde la fecha de inicio de la concesión y dividiendo por el número total de días del año. Análogamente, el último canon de la concesión se obtendrá multiplicando el canon ofertado, por el número de días



del año hasta la fecha de finalización de la concesión y, dividiendo por el número total de días del año.

Cláusula 5.- Derechos y obligaciones del concesionario durante la explotación

...

El concesionario tiene obligación de mantener en buen estado todas las instalaciones, especialmente aquéllas que son de uso público gratuito, como son los aseos de la estación de servicio y de la cafetería - restaurante, las de suministro de agua y aire comprimido para los automóviles, las zonas de juegos infantiles, ajardinamientos, alumbrado, señalización, estacionamientos del área y la zona de servicios específicos de autocaravanas, para su entrega, al finalizar la concesión, con todos los servicios en perfecto estado de funcionamiento.

...

No se permitirán cambios en las instalaciones del área de servicio que impliquen la realización de obras de fábrica, sin la presentación de un proyecto de las mismas y previa autorización expresa de la Administración concedente. De lo anterior se excluyen las obras de conservación y mantenimiento. Asimismo, los cambios de uso de las instalaciones deberán ser también autorizados por dicha Administración...

Cláusula 6.- Penalizaciones por incumplimientos en la conservación y explotación de las instalaciones

Los incumplimientos en que pueda incurrir el concesionario relativos a la conservación y explotación de las instalaciones, sin perjuicio de los establecidos en el PCAP, son:

...

B. Negligencia en la conservación de los elementos integrantes de las obras e instalaciones realizadas en el área de servicio.

...

Cláusula 8.- Requisitos y condiciones de los servicios a prestar.

El objeto principal de la concesión del área de servicio es atender las diferentes necesidades que puedan tener los usuarios de la autovía o sus vehículos. En todos los servicios del área de servicio se dispondrá de las hojas oficiales de reclamaciones, numeradas, que estarán a disposición de los usuarios, copia de las cuales serán remitidas a la Administración concedente, junto con el informe del concesionario, sin perjuicio de otras competencias concurrentes en materia de protección al consumidor.

Se prestarán los siguientes servicios de manera obligatoria:

- Ø Aparcamientos diferenciados para vehículos ligeros, pesados y autocaravanas.*
- Ø Estación de servicio.*
- Ø Cafetería-restaurante.*
- Ø Zona de descanso y juegos infantiles.*

El concesionario podrá ofertar otros servicios relacionados con las necesidades de los usuarios siempre que no sean contrarios al Reglamento General de Carreteras, al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato ni a la OC 320/94 sobre Áreas de Servicio.

8.1. Servicios e instalaciones obligatorias

A continuación se describen los servicios e instalaciones a proyectar, construir y explotar por el concesionario con carácter obligatorio.

El adjudicatario deberá prever las reformas y adecuaciones necesarias en las instalaciones que se le entregan, para la correcta prestación de los servicios descritos en esta cláusula.

8.1.1. Zonas de aparcamientos

Se diferenciarán tres zonas de aparcamientos: ligeros, pesados y autocaravanas.



...

8.1.2. Estación de servicio

...

8.1.3. Servicios de restauración

Cada margen dispondrá de un edificio cafetería — restaurante en el que se presten los siguientes servicios:

...

Se permite que el edificio de control de la estación de servicio y la cafetería —restaurante de una misma semiárea se integren en un único edificio, respetando los servicios previstos.

8.1.4. Zona de descanso y juegos infantiles

...

8.1.5. Zona de servicios específicos para autocaravanas

Junto a la zona de aparcamiento de autocaravanas, se dispondrá de un espacio reservado para la prestación libre y gratuita de los siguientes servicios:

....

8.2. Servicios e instalaciones opcionales

El concesionario podrá añadir en su oferta otras instalaciones o servicios distintos a los de carácter obligatorio o que completen a éstos, siempre que estén relacionados con las necesidades del usuario, en el marco de lo dispuesto en el presente Pliego, en el Reglamento General de Carreteras, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato y en la OC 320/94 sobre Áreas de Servicio.



Cualquier mejora propuesta por el licitador deberá estar convenientemente justificada en función de la intensidad de tráfico, tipo de tráfico (local o de larga distancia), perfil del usuario, servicios existentes en la zona, necesidades actuales y reales de los conductores, etc. Si no se justifican, esas mejoras podrán incluso disminuir la puntuación técnica de la oferta.

A modo de ejemplo, se pueden proponer las siguientes mejoras:

- > Puntos de suministros de energía eléctrica a vehículos de motor eléctrico o híbridos.*
- > Aparcamiento de vehículos pesados con control de accesos, cerrado en su perímetro, con refuerzo en las medidas de seguridad, con posibilidad de reserva telemática de plaza y provisto de un edificio de servicios específicos para los transportistas como aseos, duchas, lavandería, sala de estar con TV, Internet, vending, etc.*
- > Las tarifas a aplicar por la prestación de estos servicios deberán ser autorizadas por la Administración.*
- Ø Mejoras en los servicios ofrecidos a los usuarios de autocaravanas, como por ejemplo: suministro de energía eléctrica, medidas específicas de seguridad, información dirigida a estos usuarios, etc.*
- > Las tarifas a aplicar por la prestación de estos servicios deberán ser autorizadas por la Administración.*
- > Paneles con información turística de la zona.*
- > Aparcamientos de emergencia para vehículos pesados a utilizar durante la vialidad invernal.”*

Tercero. Se ha incorporado al expediente el “Informe de valoración patrimonial, canon mínimo y justificación del valor estimado del contrato para la licitación de Área de servicio de El Gornazo”, que incluye, tras unos “1 Antecedentes”, lo siguiente:

2. Caracterización de las áreas de servicio.



2.1 Localización.

2.2 Mediciones e inventario de bienes.

2.3 Estado actual de explotación.

3. Valoración de las áreas de servicio.

3.1 Valor de las expropiaciones.

3.2 Valoración de la infraestructura .

4.Marco normativo y legal de aplicación.

4.1 Vida útil y valor residual.

4.2 Normas e instrucciones consideradas.

4.3 Cumplimiento de la legislación española de contratación administrativa.

5. Canon mínimo de aplicación.

5.1 Metodología.

5.2 Cuantificación del canon mínimo estimado para cada contrato.

6. Valor estimado del contrato.

6.1 Metodología.

6.2 Consideraciones jurídicas de referencia.

6.3 Precio del contrato.

6.3.1. Crecimiento en función de la prognosis de tráfico.

6.3.2. Importe de las ventas de explotación comercial.

6.3.3. Determinación del importe neto de las cifras de negocio, año base.

6.3.4. Determinación del importe neto de las cifras de negocio. periodo de concesión.

7. Conclusiones.

Y en el particular “5. Canon mínimo de aplicación metodología:

“De acuerdo con el artículo 26.4 de la Ley de carreteras (Ley 37/2015), en los contratos concesionales de las áreas de servicio, el concesionario vendrá obligado “al abono al Estado del canon anual que se hubiera comprometido a satisfacer en la proposición que sirvió de base para el otorgamiento de la concesión en el correspondiente procedimiento de adjudicación del contrato y de acuerdo con los términos que se fijen en los pliegos de aquél.

Así, sobre la base de las valoraciones obtenidas en el área de servicio estudiada, se ha calculado el canon anual mínimo en base a lo dispuesto en la cláusula 35 del pliego de cláusulas administrativas particulares tipo (PCAP) aprobado por Resolución del Secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y vivienda, el cual establece que el canon anual no podrá ser inferior al importe de la suma de los cánones por ocupación de dominio público y por explotación de obras y servicios públicos establecidos en el número 5 del artículo 29 de la Ley de carreteras.

Por tanto, para calcular el canon mínimo por cada área de servicio, se ha de aplicar la suma de dos conceptos: aquel establecido en el Artículo 26. Áreas de servicio, áreas de descanso y aparcamientos seguros de la Ley de carreteras, que determina que éste no podrá ser inferior al 4 por 100 de la valoración de las áreas de servicio (PEC); y el 5 por 100 sobre el valor de los terrenos ocupados, habida cuenta del valor de adquisición de los mismos por el Estado y el de los predios contiguos, según el artículo 29. Zona de dominio público de la Ley de carreteras.

Cuantificación del canon mínimo estimado para cada contrato



En primer lugar, en aplicación del artículo 29.4 de la Ley de Carreteras, el resultado de la aplicación del 4 por ciento del PEC, para el año base 2018 es la siguiente:

Tabla 3-. Valor estimado de las instalaciones del área de servicio de El Gornazo según el PEC. Año base 2018

...

En segundo lugar, se ha calculado el canon por ocupación del dominio público como el 5 por ciento del valor de los terrenos. Según el valor de los terrenos que se ha estimado en el apartado 3.1 de este informe, resulta el siguiente canon por ocupación:

Tabla 4-. Valor de los terrenos del área de servicio de El Gornazo. Año base 2018

Área de servicio

...Por consiguiente, observando los dos valores aplicar, por valoración patrimonial y por valor del área de ocupación, se calcula la suma de ambos en conformidad con el artículo 35 del pliego de condiciones administrativas particulares tipo:

Tabla 5-. Canon mínimo estimado del área de servicio de El Gornazo según el art. 35 PCAP tipo. Año base 2018

Área de servicio Canon mínimo

El Gornazo 196.004,10 €".

Y en el particular referido al "PRECIO DEL CONTRATO:

De acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, el marco jurídico de contratación pública establece que el valor estimado del contrato, o precio del contrato, se determina como el importe neto de la cifra de negocios que generará la empresa concesionaria durante la ejecución del mismo, como contraprestación por las obras y los servicios objeto del contrato, así como de los suministros relacionados con estas obras y servicios.

Así, para poder recabar el importe neto del total de la cifra de negocios para el próximo contrato de concesión y para cada año, en primer lugar, se deberá aplicar una estructura de crecimiento en función de la prognosis de tráfico en el horizonte temporal y, en segundo lugar, se cuantificarán los ingresos derivados por aquellos servicios ofertados tales como repostaje de combustible, restauración, cafetería, hotel y taller. Así, por lo tanto, y para el cálculo del valor del contrato, se siguen los siguientes pasos:

1.Aplicación de un crecimiento en función de la prognosis de tráfico en el horizonte temporal

2.Estimación del importe neto de la cifra de negocio, debido a las ventas por carburante y actividades provenientes de la restauración y otros servicios

6.3.1 Crecimiento en función de la prognosis de tráfico

Con el fin de proyectar las cifras netas de negocio durante los años del futuro contrato de concesión, se han tomado como base las tasas de crecimiento que establece la Orden de Eficiencia del Ministerio de Fomento de 17 de diciembre de 2010 (Orden FOM/3317/2010)....

Por principio de prudencia, se toma en consideración el crecimiento medio recomendado en la orden FOM de eficiencia, del 1,44% en los tramos en los que se localizan las áreas de servicio, siendo la IMD del tramo del orden de 55.000 veh. Según datos del Mapa de Tráfico del 2016.

6.3.2 Importe de las ventas de explotación comercial

Seguidamente, se determina el cálculo del importe neto de la cifra de negocios por las líneas de explotación comercial que se prestarán en el área de servicio objeto de análisis.

Se ha considerado que las actividades que se prestan en el área de servicio están sujetas al inventario actual caracterizado en el apartado 2.2 Mediciones e inventario de bienes. A modo de síntesis, se ha contemplado que se prestará el servicio de las estaciones de servicio y repostaje, así como la explotación de las instalaciones de restauración

(restaurante y bar), hotel, taller y la tienda de venta de la empresa explotadora del repostaje de combustibles.

6.3.2.1 Ingresos provenientes de la actividad de venta de carburante

Respecto a la línea de negocio relativa al suministro y venta de carburantes, se tienen en cuenta aquellos ingresos (o canon) que recibirá el futuro adjudicatario del contrato, por parte de la empresa proveedora de combustible, como contraprestación de la explotación de las estaciones de servicio.

Así, se han tenido en cuenta las siguientes hipótesis:

Venta de litros anuales: la sociedad suministradora de carburantes en el área de servicio ha aportado los datos de venta de litros de combustible en cada una de ellas para el año base de estudio 2018, los cuales se recogen en la siguiente tabla

Tabla 7 Venta de litros de carburante en el Área de Servicio. Año base 2018

...

Margen bruto: El margen bruto que se va a considerar para el cálculo es el siguiente, en gasolina 0,10 €/l y en gasóleo de automoción 0,10 €/l.

Crecimiento medio del Tráfico anual: Se ha tenido en cuenta el tráfico anual que circulan por los tramos correspondientes a la ubicación de cada área de servicio, de acuerdo con las pronosis de tráfico recogidas en el apartado 6.3.1 crecimiento en función de la pronosis de tráfico.

Así, de acuerdo con los cálculos llevados a cabo, la cifra de ventas por carburante del área de servicio se presenta a continuación:

...

Tabla 8- Ingresos netos por venta de carburante en el área de servicio de El Gornazo. Año base 2018

...

6.3.2.2 Otros ingresos provenientes de las ventas en actividades de restauración y otros

Con objeto de estimar los ingresos netos que provienen de actividades diferentes al consumo de carburantes, se ha de observar las actividades de restauración, cafetería, tienda, hotel y taller.

...

Los ingresos brutos totales por los conceptos provenientes de las actividades de hotelería y restauración así como de la tienda y el taller se calculan, tomando la media de los resultados obtenidos para estudios similares realizados para el Ministerio de Fomento de otras áreas de servicio, con la siguiente distribución:

80% Actividades de hostelería y restauración (hotel, restaurante y bar)

17,4% Actividades de venta en tienda (bazar y regalos) 2,6% Otros (Venta de productos de automóvil/taller)

Así, de acuerdo con la hipótesis del reparto de las ventas provenientes de los repostajes de combustible y los ingresos provenientes de las ventas provenientes de otras actividades, los ingresos brutos distribuidos, para cada área de servicio, son los siguientes:

...6.3.3 Determinación del importe neto de las cifras de negocio. año base

De manera agregada, de acuerdo con los cálculos establecidos en el apartado anterior, la proyección del importe neto de la cifra de negocio, para cada área de servicio, en el año base 2018, es la siguiente:

...

6.3.4 Determinación del importe neto de las cifras de negocio. periodo de concesión

A la hora de estimar el valor del contrato por cada área de servicio, se ha de observar el crecimiento en función de la prognosis de tráfico según el tramo donde se localice cada área. De dicha forma, se podrá estimar el valor de los ingresos por consumo de carburante, así como el derivado de otras actividades a lo largo del periodo del contrato de concesión.

El periodo del contrato de concesión resulta de 5 años, coincidiendo con el periodo que transcurre desde el año 2019 hasta el año 2023.

Dicho valor del contrato ha de contrastarse con el valor del canon anual a pagar.

A continuación, se va a realizar tanto el análisis del canon mínimo a pagar como el valor del contrato del área a lo largo del periodo de concesión (2019-2023) con el objeto de observar la cifra de negocio deducido el canon.

...

A los efectos de la cuantificación del valor del contrato del área de servicio, se han sumado las cifras de negocio anuales durante el periodo de duración del contrato de concesión, obteniendo un valor estimado del contrato de 3.636.035,08 €.

En conformidad con los valores obtenidos, se analiza si la cifra de negocios del área de servicio supera el valor del canon mínimo en el plazo estimado de duración del contrato de concesión:

...

En conclusión, el área de servicio de Gornazo, a la vista de la cifra de negocio deducido el canon, y dado que esta área ha venido prestando servicios sin problema declarado por el actual operador del área, se considera viable para licitar en concesión.

...”

Cuarto. Interpuesto recurso contra los pliegos el 17-6-2019, se alega lo siguiente:

En primer lugar, resumiremos los hechos que expone el recurrente: Que desde 2001 hasta 2019 el recurrente ha sido subcontratista en la explotación del área de servicio objeto de la licitación en una concesión previa que expiraba el 5-4-2019, y que *“En virtud del contrato, la mercantil ÁREAS DE SERVICIO GORNAZO S.L. asumió el coste de la construcción de un edificio destinado a albergar un hotel, un restaurante y un bar cafetería, con una zona de aparcamiento, así como la posterior gestión integral de los servicios públicos a prestar en todo el área de servicio”*.

Respecto de tal concesión, en 2018 se pidió el reequilibrio económico del contrato por concesión de prórroga, petición aún no resuelta. Que precisamente, en enero de 2019 se inició una licitación similar a la que nos ocupa, desistida por el órgano de contratación a resultas de un recurso especial del mismo recurrente .Y que el día 4 de abril de 2019, el Ministerio de Fomento suscribió con ÁREAS DE SERVICIO GORNAZO S.L. un contrato administrativo de concesión de servicios para la explotación del área de servicio de Gornazo, previa declaración de emergencia; este contrato mantiene su vigencia al día de la fecha, la cual se mantendrá hasta la adjudicación de un nuevo contrato o, en su defecto hasta el día 31 de diciembre de 2.019.

Desde el punto de vista jurídico, razona sobre su interés legítimo, y alega:

-Indeterminación del objeto del concurso, pues “Conforme se ha dicho, el área de servicio de Gornazo ya existe, está construida, dispone de dos Estaciones de Servicio, equipadas cada una de ellas con tiendas de conveniencia y un bar cafetería con comedor para restaurante, aparcamientos para vehículos ligeros y pesados, un helipuerto, una edificación destinada a archivo de la Demarcación de Carreteras del Estado en Cantabria, y un edificio destinado a hotel de tres estrellas.

De lo anterior debiera deducirse que el objeto de la convocatoria es la adjudicación del contrato de concesión de servicio para la explotación de la actual área de servicio de Gornazo, es decir, del área de servicio actualmente existente. Sin embargo, no es así.”

Y ello, por cuanto –dice- en las cláusulas segunda y octava del Pliego de Cláusulas de Explotación se obvian las instalaciones actualmente existentes destinadas a taller

mecánico, a helipuerto y a hotel, que ni siquiera se mencionan como opcionales en el apartado 8.2, lo cual es contrario al principio de seguridad jurídica, pues se pregunta si de acuerdo con el art. 101 LPAAPP, el nuevo concesionario deberá demoler a su costa el hotel, el taller mecánico y el helipuerto, o la Administración, una vez adjudicada la concesión, decidirá mantener esas instalaciones, en beneficio del nuevo concesionario.

Añade que “Por otro lado, al no aparecer en el objeto del contrato el helipuerto o el hotel, el nuevo adjudicatario carecerá de título jurídico alguno para tomar posesión de esas instalaciones.”

Y alude a la vulneración del principio de transparencia en perjuicio de los licitadores, citando Jurisprudencia del TJUE al efecto.

-Indebido cálculo del precio del contrato y de la cuantía del canon:

Señala que “El Estudio de Viabilidad Económica, inopinadamente, no sólo reconoce la existencia del hotel, del helipuerto y del taller mecánico, sino que incluso enfatiza los ingresos provenientes de la explotación del hotel.”

Y que en la cifra de negocio neto, que considera esencial para determinar el valor del contrato y la cuantía del canon mínimo que deberá abonar el adjudicatario del contrato, es errónea la cifra de venta de carburante, y además se alude de modo impreciso a la utilización de un método de comparación.

-Ausencia de anteproyecto de obras referido a las instalaciones obligatorias de aparcamiento diferenciado de turismos, pesados y autocaravanas, y servicios destinados a autocaravanas, ahora inexistentes, incumpliendo el artículo 285.2 de la LCSP.

- En la convocatoria no se tiene en cuenta el proyecto de ampliación de la A-67 a lo largo de 13 kilómetros, aprobado definitivamente (B.O.E. de 10 de diciembre de 2.018), que afectará a la superficie de la actual área de servicio de Gornazo, así como a los accesos existentes a la misma.

Solicitando que se anulen los pliegos y se convoque una nueva licitación.



-El órgano de contratación, tras aceptar los hechos expuestos de contrario, aduce que el recurrente carece de interés legítimo, pues *“el objetivo de la empresa ÁREAS DE SERVICIO GORNAZO, S.L., es dilatar el proceso de adjudicación, para mantener su situación actual de adjudicatario del contrato durante el mayor tiempo posible, en base a una solicitud de reequilibrio económico del contrato, sobre la que el órgano de contratación ha formulado propuesta desestimatoria y que se encuentra en fase de tramitación.”*

-Sobre la indeterminación del objeto del concurso, parte de que *“el motivo del desistimiento del concurso anterior ya fue subsanado y que fue originado por la no publicación por error de dos documentos:*

El Informe de valoración patrimonial, canon mínimo y de justificación del valor estimado del contrato para la licitación del área de servicio de El Gornazo, que además de justificar los parámetros citados en el título, contiene la relación de instalaciones existentes, resolviendo así las posibles dudas sobre el objeto del contrato.

Anexo al Pliego de Cláusulas de Explotación con la relación de personal con derecho de subrogación”.

Y que *“En primer lugar, a juicio de esta Subdirección General el PCAP y el PCE dejan absolutamente claro que el objeto del contrato es la explotación y conservación de todas las instalaciones del área de servicio objeto del concurso, tanto las existentes, como las que el adjudicatario haya propuesto construir en su oferta, e incluso aquellas otras que el concesionario solicite construir durante el plazo del contrato y sean convenientemente autorizadas”.*

Asimismo, alude a la cláusula 2.2 del PCAP ya transcrita, para justificar que el concesionario ocupa el dominio público del área de servicio con todas las instalaciones que allí se encuentran; y a la cláusula 11.3 que *“trata sobre el proyecto básico de adecuación de las instalaciones existentes y de instalación de nuevos servicios, que deberá presentar el licitador en su oferta en el caso de que el licitador proponga realizar dichas mejoras. En consecuencia, el PCAP deja claro que el objeto del contrato son las instalaciones existentes más las que el adjudicatario proponga como mejora, en su caso”.*

Y añade: “En este punto, y a salvo de lo anterior, es importante remarcar que en el marco del contrato hay que distinguir entre servicios e instalaciones existentes de carácter obligatorio, y servicios e instalaciones existentes de carácter opcional. Evidentemente, las primeras formarán parte en todo caso del objeto del contrato y el concesionario tiene la obligación de explotarlas y conservarlas, así como de prestar los servicios relacionados con estas, mientras que respecto de las segundas y los servicios a ellas asociados, existe la opción de que el licitador incluya en su oferta su explotación, y mantenimiento si lo estima conveniente, o no lo haga, si por el contrario no lo considera oportuno. Las propuestas serán convenientemente evaluadas con los criterios establecidos en el pliego.

Este carácter obligatorio u opcional viene establecido en la cláusula 8 del PCE. La existencia o no de una determinada instalación no es la que determina el carácter obligatorio u opcional de prestar ese servicio, como así pretende confundir el recurrente. En cualquier caso, es obligatoria la conservación de todas las instalaciones existentes del área de servicio (cláusula 5 del PCE).

En este caso conviene poner de manifiesto que a medida que avance el contrato de concesión y por motivos económicos comerciales o de mercado, puede darse la circunstancia de que el concesionario que está explotando determinadas instalaciones del área de servicio, considere que la explotación de éstas no le genera una rentabilidad suficiente o esperada, o que existen otras posibilidades de obtener más ingresos y maximizar la explotación. En este caso, asumiendo el riesgo o la ventura de su decisión, podrá solicitar al Ministerio de Fomento mediante el procedimiento legalmente previsto la autorización para dejar de explotar estas instalaciones, debiendo en todo caso continuar con su conservación y mantenimiento.

Por otra parte, el concepto de instalaciones opcionales que introduce el PCE no solo tiene la clara intención de dejar abierta la posibilidad a los licitadores de proponer mejoras con la prestación de otros servicios, sino también con la intención de no obligar al concesionario a ofrecer servicios de instalaciones que se construyeron en su día pero que ya no se demandan, como el helipuerto o las instalaciones de Cruz Roja.



A modo de ejemplo, y en relación a las instalaciones referidas por el recurrente del taller o el hotel, los licitadores podrán realizar sus propuestas sobre la continuidad de explotarlos tal cual están, mejorarlos o reformarlos o incluso cambiar su uso dado su carácter opcional. Asimismo, no solamente podrán realizar sus propuestas en el momento de la licitación, sino que también en cualquier momento del plazo de contrato se puede proponer la inclusión de nuevos servicios o cambio de uso de las instalaciones existentes (cláusulas 2 y 5 respectivamente del PCE)... En este punto cabe afirmar que la demolición de las instalaciones no puede ser contemplada en ningún caso. Efectivamente, como ya se ha reiterado con anterioridad, puede ocurrir que el concesionario actual considere que no le es rentable la explotación de una determinada instalación, pero dado que una vez finalizado el contrato, tendrá lugar una nueva licitación, puede suceder que el nuevo licitador que explote la misma, asumiendo el riesgo y la ventura de su decisión, sí que considere interesante o atractivo para su negocio, la explotación de las referidas instalaciones, motivo por el cual, la exigencia de la conservación de las instalaciones y de la no demolición de éstas debe ser traída aquí a colación....

...aunque es cierto que no se ha incluido en los pliegos un inventario de instalaciones existentes en el área de servicio, no es habitual incluir este tipo de información en el clausulado de un pliego, sino que deriva a otro tipo de documento. En este caso, la relación de instalaciones existentes figura en la descripción contenida en el "Informe de valoración patrimonial, canon mínimo y de justificación del valor estimado del contrato para la licitación del área de servicio de El Gornazo", quedando claro por tanto, que la explotación del hotel forma parte del objeto del contrato..."

-Sobre el indebido cálculo del precio de la cuantía del canon, señala que la Subdirección no ha tenido acceso a la información de la que el recurrente sí dispone; que se incluye la explotación del hotel puesto que el concesionario tiene la posibilidad de explotar todas las instalaciones del área de servicio a su riesgo y ventura; y que el estudio se ha realizado para determinar el precio del contrato y no el canon, pues "se aplica directamente el canon mínimo exigido por la Ley 37/2015 de carreteras en sus artículos 27.4 y 29.5.", como canon mínimo, "Ahora bien, corresponderá a cada uno de los licitadores presentar en su oferta el



canon que ellos consideren oportuno en función de las expectativas de beneficio tengan y en función del nivel de riesgo que asuman”.

Añade que “... valga como ejemplo lo sucedido en la licitación de las áreas de servicio de la AP-1, que tuvo lugar el pasado mes de abril de 2019, en donde las empresas que se presentaron al concurso, ofertaron un canon de más del triple del valor del canon mínimo recogido en los pliegos de licitación.

Aclarado este particular, a esta Subdirección General le resulta cuanto menos sorprendente que el recurrente esgrima en su reclamación datos reales que solo él dispone para refutar las estimaciones realizadas en el estudio económico, cuando existen dos hechos irrefutables que avalan la conclusión del estudio que afirma que el área de servicio se considera viable para licitar en concesión.

En primer lugar, el anterior contrato de concesión llegó a término el pasado 6 de abril de 2019, con un canon mayor que el considerado en este estudio, y soportando la amortización de la inversión inicial que no tiene esta nueva concesión por estar ya

En segundo lugar, no se puede olvidar que el 5 de abril de 2019, la entidad recurrente suscribió voluntariamente un contrato de concesión de servicios para la explotación del área de servicio que recoge un valor del canon anual idéntico al aplicado en el documento "Informe de valoración patrimonial, canon mínimo y de justificación del valor estimado del contrato para la licitación del Área de servicio de El Gornazo" referido con anterioridad, que por tanto aceptaba y se comprometía voluntariamente a abonar al Ministerio de Fomento. En este sentido no parece tener lógica el interés mostrado por la vía de los hechos con la aceptación de este canon, y el cuestionamiento mostrado en el recurso presentado. En este punto, cabe recordar que dada la situación de emergencia, se fijó un canon mínimo. Lógicamente, en la nueva licitación de la concesión del área de servicio, el licitador deberá ofertar el canon que, a su riesgo y ventura, que quiera presentar al concurso.

Además, el recurrente afirma en su propio escrito, en el fundamento primero, que el interés legítimo y directo invocado (el del recurrente) es sin duda muy cualificado "dado que la actuación administrativa coloca a esa Compañía en condiciones legales y naturales de



conseguir un determinado beneficio material o jurídico". No se entiende, por tanto, ese interés en un negocio cuya viabilidad pone en cuestión".

- En relación a la ausencia del anteproyecto de obras del expediente de contratación, indica que *"no existen actuaciones a ejecutar para cumplir con la exigencia de los servicios obligatorios aludidos (aparcamiento diferenciado de turismos, vehículos pesados, y autocaravanas, zonas de descanso y juegos infantiles) que requieran de anteproyecto.*

En primer lugar, ya existe aparcamiento diferenciado de turismos y vehículos pesados, zonas de descanso y juegos infantiles.... A mayor abundamiento, si se acude a la cláusula 11.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, relativo a la documentación técnica, es el licitador el que tiene que presentar un proyecto básico de adecuación de las instalaciones existentes y de instalación de nuevos servicios, en el caso de que el licitador proponga realizar dichas obras. Por tanto, como las posibles obras a realizar en el área de servicio son indeterminadas en el momento de la licitación, pues serían las que eventualmente proponga el adjudicatario en su oferta, no cabe hablar de ausencia de anteproyecto de obras".

-En relación a la falta de consideración del proyecto de ampliación de la autovía A-67, *"cabe afirmar que la reposición de los servicios afectados por ese proyecto no puede ser objeto de este contrato de concesión sino que debe resolverse en el ámbito de ese otro expediente....el Ministerio llevará a cabo las acciones y actuaciones necesarias en el dominio público, procurando en todo momento causar el menor perjuicio posible para todas aquellas personas y entidades que se puedan ver afectadas por dichas actuaciones.*

En cualquier caso, si cualquier persona o entidad, estima que estas actuaciones han afectado al normal desempeño de su actividad habitual, siempre tendrán la posibilidad de ejercer las acciones que la Ley contempla en estos casos".

Quinto. Se ha resuelto la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo



establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCSP.

Segundo. La interposición del recurso se ha llevado a efecto por una entidad en cuyo objeto social se encuentran actividades directamente relacionadas con el objeto del contrato, y, aún más, incluso se beneficiaría de su falta de concertación. Por consiguiente, conforme a lo señalado en el artículo 48 de la LCSP, se encuentra legitimada para ello. Establece dicho precepto que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Partiendo, pues, de tal consideración, dicho interés legítimo no queda enervado por el hecho de que pudiera ser de su interés continuar en el contrato en vigor.

Tercero. El objeto del recurso son los pliegos de una concesión de servicios cuyo valor es superior a tres millones de euros, susceptibles, por tanto, de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 44.1.c) y 44.2.a) de la LCSP.

Cuarto. En relación con el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, debe indicarse que no han transcurrido más de 15 días hábiles desde el día siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el perfil del contratante. Por consiguiente, de conformidad con el artículo 50.1 b) de la LCSP, el recurso se ha presentado dentro de plazo.

Por otro lado, conforme a lo establecido en el artículo 50.1 b) de la LCSP, no consta que la recurrente, con carácter previo a la interposición del recurso especial, haya presentado oferta en la licitación.



Quinto. Entrando ya en el fondo, y en cuanto a la indeterminación del objeto del contrato, la recurrente considera vulnerado el principio de transparencia, y alude a doctrina de la Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) de 19 de marzo de 2010, Asunto Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE contra Comisión Europea.

Aunque en principio dicha doctrina sería de aplicación analógica (dadas las normas interpretadas y la Resolución recurrida), la STGUE cita abundante Jurisprudencia del TJUE, en que se basa. Así, el Tribunal señala:

“55...de este modo, según reiterada jurisprudencia, el órgano de contratación ha de respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores y, como consecuencia, la igualdad de oportunidades de todos los licitadores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 108; sentencias del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85, y de 17 de marzo de 2005, AFCon Management Consultants y otros/Comisión, T-160/03, Rec. p. II-981, apartado 75).

56...El principio de igualdad de trato de los licitadores, que tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 34, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 93).

57...También resulta de la jurisprudencia que el principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia para permitir que se garantice su respeto (sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553, apartado 45, y Universale-Bau y otros, citada en el apartado 56 supra, apartado 91).



58...Este principio de transparencia tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 55 supra, apartado 111).

59...El principio de transparencia implica que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata (sentencia de 12 de marzo de 2008, Evropaïki Dynamiki/Comisión, citada en el apartado 52 supra, apartado 145).

61...Según el Tribunal declaró en la sentencia de 12 de marzo de 2008, Evropaïki Dynamiki/Comisión, citada en el apartado 52 supra (apartado 147), tal vulneración de la igualdad de oportunidades y del principio de transparencia, suponiendo que se demostrara, constituiría una irregularidad del procedimiento administrativo previo que vulneraría el derecho de información de una de las partes afectadas. Tal irregularidad del procedimiento sólo podría acarrear la anulación de la Decisión controvertida si se demostrara que, de no haberse producido, el procedimiento administrativo hubiera podido desembocar en un resultado diferente, en el supuesto de que la demandante hubiera tenido acceso a la información en cuestión desde el principio del procedimiento, y si existiera, a este respecto, una posibilidad –aun reducida– de que la demandante hubiera podido conseguir que el procedimiento administrativo desembocara en un resultado diferente (véase la sentencia de 12 de marzo de 2008, Evropaïki Dynamiki/Comisión, citada en el apartado 52 supra, apartado 147, y la jurisprudencia citada).

62...Por tanto, procede examinar, en primer lugar, si en el caso de autos existió una disparidad en la información en el sentido de que algunos licitadores –entre ellos el adjudicatario– dispusieron, en el marco de la licitación, de informaciones que, según la



demandante, ella no tuvo. En caso de que se demuestre tal disparidad, procedería examinar, en segundo lugar, si la información de que se trata era efectivamente útil para la formulación de las ofertas. Sólo en ese caso el licitador que tuvo acceso a dicha información habría dispuesto de una ventaja frente a los demás licitadores. Procedería examinar, en tercer lugar, si la supuesta disparidad en la información útil se deriva de una irregularidad en el procedimiento cometida por la Comisión. Si se demostrara tal irregularidad, procedería examinar, en cuarto lugar, si de no haberse producido ésta, el procedimiento de licitación habría podido desembocar en un resultado diferente. Desde esta perspectiva, tal irregularidad sólo puede constituir una vulneración de la igualdad de oportunidades entre licitadores si, de las explicaciones presentadas por la demandante resulta de forma plausible y suficientemente detallada que el resultado del procedimiento habría podido ser diferente en lo que le atañe (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de marzo de 2008, Evropaiki Dynamiki/Comisión, citada en el apartado 52 supra, apartados 148 y 149)”.

Interpreta, pues, principios plasmados, además de con carácter general en el art. 1 LCSP, en el art. 126.1 del mismo texto, que señala: “Reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas.

1. Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”.

Pues bien, como hemos visto , la doctrina citada exige , para apreciar vulneración de estos principios que rigen la contratación administrativa, que exista una disparidad en el acceso a la información entre los licitadores; diferencia de trato a la que ni siquiera alude el recurrente en nuestro caso, y difícilmente podría hacerlo, pues siendo el actual tenedor de la concesión, sin duda su nivel de información sobre el objeto de la licitación será al menos igual que el de otros potenciales licitadores. Por lo que no puede alegarse infracción de principio de transparencia desde el punto de vista de la igualdad de trato entre los licitadores.

Ahora bien, también es cierto que el objeto de los contratos debe ser determinado, conforme al art. 35.1 c) LCSP y 99.1 del mismo texto legal, que señala de forma taxativa que *“El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado”*, mientras que el art. 284 indica, respecto del *“Ámbito del contrato de concesión de servicios”* que *“3. El contrato expresará con claridad, en todo caso, el ámbito de la concesión, tanto en el orden funcional, como en el territorial”*, y el 285 indica que *“1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes aspectos: a) Definirán el objeto del contrato, ...”*; obligación contemplada adicionalmente de forma general en el art. 1273 CC. Dicha exigencia evita también incurrir en la prohibición contenida en el artículo 1256 del CC, de que *“La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”*, como sucedería en caso de tal imprecisión contractual.

Pues bien, es cierto que sería deseable (y se exhorta a órgano de contratación para que proceda así en el futuro) que, en un supuesto como el que nos ocupa, en el cual el objeto del contrato se proyecta sobre una realidad física en la que hay instalaciones ya construidas, los pliegos reflejasen tal realidad y especificasen las obligaciones del futuro concesionario teniendo en cuenta la existencia o no de dichas instalaciones; en lugar (como se ha hecho) de contemplar obligaciones futuras que deben entenderse adaptadas en su caso a las realidades existentes.

Pero que proceder como se recomienda resultara más claro para concretar el objeto de la concesión, no significa que toda desviación de dicho canon implique la nulidad de los pliegos, si de su redacción puede colegirse, sin necesidad de complejas interpretaciones, sobre qué ámbito se extiende el objeto contractual y cuáles son las obligaciones a que se comprometen los licitadores y sobre las que pueden formular su oferta.

Pues bien, en nuestro caso, y como señala el órgano de contratación, de la cláusula.8 del Pliego de Cláusulas de Explotación (transcrita en nuestro Antecedente Segundo como las demás que se citarán), resulta la necesidad de prestar determinados servicios de manera obligatoria, siendo otros de oferta opcional, sin que se establezca a este último respecto un *“numerus clausus”*; de la cláusula 11.3 del PCAP, resulta que en la oferta ha de presentarse un proyecto básico de adecuación de las instalaciones existentes y de



instalación de nuevos servicios; de la cláusula.2.2 del PCAP, que la concesión del área de servicio implica la ocupación del dominio público integrante del área de servicio por parte del concesionario; y de las cláusulas.5 y 6 del Pliego de cláusulas de explotación, la obligación de dicho concesionario de mantener en buen estado todas las instalaciones.

De ello se deduce que, ya que la explotación de los servicios propios de taller mecánico, helipuerto y hotel (instalaciones ahora existentes respecto de las que el recurrente discute su falta de mención en los pliegos) no es obligatoria según los pliegos, el licitador, bien puede incluir dichos servicios como opcionales, con obligación pues de explotar y conservar las instalaciones referidas; o bien, en caso de que no incluya dichos servicios como opcionales, tiene en todo caso derecho a la ocupación de dichas instalaciones y obligación de conservarlas.

No se observa, pues, una imprecisión de los pliegos de grado tal que cause la indeterminación del objeto contractual con efectos de provocar la nulidad de los pliegos; teniendo en cuenta, además, que el art. 138.3 LCSP permite solicitar aclaraciones del órgano de contratación durante el plazo de presentación de ofertas.

Por lo que esta alegación debe ser desestimada.

Sexto. En cuanto a la determinación del canon, se critica el estudio de viabilidad económica por incluir el hotel, utilizar cifras que se dicen erróneas, y remitirse a estudios comparativos no constatados; negando en consecuencia que pueda sustentar el canon exigido.

El art. 285.2 de la LCSP señala que “2. *En los contratos de concesión de servicios la tramitación del expediente irá precedida de la realización y aprobación de un estudio de viabilidad de los mismos o en su caso, de un estudio de viabilidad económico-financiera, que tendrán carácter vinculante en los supuestos en que concluyan en la inviabilidad del proyecto...*

En los supuestos en que para la viabilidad de la concesión se contemplen ayudas a la construcción o explotación de la misma, el estudio de viabilidad se pronunciará sobre la existencia de una posible ayuda de Estado y la compatibilidad de la misma con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.



Y el art. 289.3: *“Si así lo hubiera establecido el pliego de cláusulas administrativas particulares, el concesionario abonará a la Administración concedente un canon o participación, que se determinará y abonará en la forma y condiciones previstas en el citado pliego y en la restante documentación contractual”.*

Mientras que el art. 27 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de Carreteras, *“Adjudicación de áreas de servicio”*, señala:

“4. Cuando se trate de la concesión de la explotación de áreas de servicio ya construidas, el importe del canon anual, que será fijado en las bases del correspondiente procedimiento de adjudicación del contrato concesional, no podrá ser inferior al 4 por 100 de la valoración de las mismas”.

Y su art. 29.5:

“El uso especial del dominio público establecido en el apartado anterior o la ocupación del mismo comportarán la obligación, por el beneficiario de la correspondiente autorización de uso u ocupación, del abono de un canon....”

En el caso de concesiones de áreas de servicio la cuantía del canon será la establecida en el artículo 26.4”.

Y dicho art. 26. 4 indica:

“Las áreas de servicio podrán ser construidas y explotadas directamente por la administración, o por cualquier otro sistema de gestión indirecta de servicios públicos de los que establece la Ley de Contratos del Sector Público. Los términos y condiciones de la construcción y explotación se fijarán en los correspondientes pliegos.

En el caso de contratos concesionales, el concesionario vendrá obligado al abono al Estado del canon anual que se hubiera comprometido a satisfacer en la proposición que sirvió de base para el otorgamiento de la concesión en el correspondiente procedimiento de adjudicación del contrato y de acuerdo con los términos que se fijen en los pliegos de aquél”.



Referidas, pues, las normas aplicables, debemos recordar que en la fijación del canon estamos ante una cuestión sometida a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, cuya revisión jurisdiccional solo cabe en caso de contradicción con la norma, error, arbitrariedad o discriminación.

Comenzando por la sujeción a las leyes, y como hemos visto de los textos legales citados, en nuestra normativa contractual se exige, en primer lugar, que el estudio de viabilidad – como resulta de su denominación- justifique la subsistencia de la concesión: desde el punto de vista del canon, pues, bastaría que el fijado sea suficiente para garantizar dicha subsistencia. Y no se han aportado razones en este recurso (más allá de aludirse a la petición de reequilibrio financiero del contrato) que avalen la insuficiencia del canon previsto en los pliegos para hacer viable la concesión; teniendo en cuenta, de forma determinante, que, según el pliego, el canon fijado opera como mínimo, siendo precisamente un criterio de adjudicación el canon ofertado; de modo que las licitadoras siempre pueden ofertar al alza.

Por otra parte, la fijación del canon (por determinación de la propia LCSP y la Ley de Carreteras) ha de sujetarse a la Ley de Carreteras y al propio pliego. Y, desde esta perspectiva, el recurrente no hace alegaciones concretas que expliquen por qué el canon fijado se aparta de lo previsto en la Ley de Carreteras o del pliego, siendo que el *“Informe de valoración patrimonial, canon mínimo y justificación del valor estimado del contrato para la licitación de Área de servicio de El Gornazo”* citado en nuestro Antecedente Tercero indica su sujeción a tales normas.

Y, por último (dado que no es necesario analizar la infracción del principio de no discriminación, pues no se alega siquiera), desde el punto de vista de la proscripción de la arbitrariedad, en nuestro supuesto existe motivación de la cuantía del canon fijado como mínimo, que se contiene en el informe antedicho.

Y, respecto del precio, sometido a los mismos principios reseñados, su motivación viene explicitada también en el referido informe, sin que el recurrente demuestre error palmario o irrazonabilidad en tal fijación, pues la discutida inclusión de la explotación del hotel en el cómputo de beneficios, siendo tal explotación una posibilidad real (al existir ya la instalación

y poder ofertarse como opcional) , resulta razonable ; y tampoco prueba en modo alguno el carácter erróneo de los datos de combustible utilizados ni la relevancia relativa de tal pretendido error en la fijación del precio.

Por lo que esta alegación debe ser desestimada.

Séptimo. En cuanto a la pretendida ausencia de anteproyecto de obras referido a las instalaciones que se citan en el recurso, el art. 285.2 de la LCSP señala:

“2. ...En los casos en que los contratos de concesión de servicios comprendan la ejecución de obras, la tramitación de aquel irá precedida, además, cuando proceda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 248.1, de la elaboración y aprobación administrativa del Anteproyecto de construcción y explotación de las obras que resulten precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización; y, además, de la redacción, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto de las obras”.

Y el 248.1: *“1. En función de la complejidad de las obras y del grado de definición de sus características, la Administración concedente, aprobado el estudio de viabilidad, podrá acordar la redacción del correspondiente anteproyecto. Este podrá incluir, de acuerdo con la naturaleza de las obras, zonas complementarias de explotación comercial”.*

Pues bien, en primer lugar, no se prueba por el recurrente la inexistencia actual de aparcamiento diferenciado de turismos y vehículos pesados, zonas de descanso y juegos infantiles, realidad afirmada por el órgano de contratación; lo que implica la innecesariedad de tales obras o su mero carácter de mejora o adecuación.

Por otra, en todo caso no se prueba por el recurrente que las posibles actuaciones necesarias (como señalización y la disposición de tomas para autocaravanas, o la posible mejora y adecuación de la zona de descanso y juegos infantiles) gocen de la “*complejidad*” y del “*grado de definición*” necesarios para exigir un anteproyecto, ex art. 248 precitado.

Máxime, en cuanto a dicho grado de definición, cuando, como señala el órgano de contratación, de la cláusula 11.3 del PCAP, relativa a la documentación técnica, resulta que es el licitador el que tiene que presentar un proyecto básico de adecuación de las



instalaciones existentes y de instalación de nuevos servicios, de modo que las posibles obras a realizar en el área de servicio resultan en este momento carentes de definición precisa.

Por lo que esta alegación debe ser desestimada.

Octavo. En cuanto a que la convocatoria no tenga en cuenta un proyecto de ampliación de la A-67 a lo largo de 13 kilómetros aprobado definitivamente, la recurrente no realiza ninguna alegación concreta sobre en qué modo entiende que dicha omisión afecta a la validez del pliego, de modo que habrá que concluir, con el órgano de contratación, que se tratará de una realidad que producirá efectos, en su caso y cuando se concrete, al margen del procedimiento administrativo que nos ocupa.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. P.S.B., en representación de la compañía ÁREAS DE SERVICIO DE GORNAZO S.L., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Cláusulas de Explotación, correspondientes al concurso público para la adjudicación del contrato de *“concesión de servicios para la explotación de las instalaciones del Área de Servicio El Gornazo (Santander a Torrelavega), P.K. 191+000 de la Autovía A-67, Término municipal Miengo. Provincia de Cantabria”*.

Segundo. Levantar la suspensión acordada.

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



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.