



Recurso nº 432/2014 C.A. Castilla-La Mancha 032/2014
Resolución nº 492/2014

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

En Madrid, a 27 de junio de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. ^a A.B.T.A., concejal del Excmo. Ayuntamiento de Alcázar de San Juan (Ciudad Real), contra el pliego de cláusulas administrativas particulares rector del procedimiento de contratación para la *“Selección del socio privado para concurrir conjuntamente con el Excmo. Ayuntamiento de Alcázar de San Juan en la Sociedad de Economía Mixta “Aguas de Alcázar Empresa Mixta, S.A” resultante de la ampliación de capital, para la gestión del servicio del ciclo integral del agua en el término municipal de Alcázar de San Juan, Alameda de Cervera y Cinco Casas”*, así como frente al acuerdo del Pleno de dicho Ayuntamiento de 14 de mayo de 2014 en que se aprobó dicho pliego y se convocó la licitación, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por parte del Ayuntamiento de Alcázar de San Juan se ha convocado, mediante publicación en el BOP de Ciudad Real de 20 de mayo de 2014, la licitación del contrato para la *“Selección del socio privado para concurrir conjuntamente con el Excmo. Ayuntamiento de Alcázar de San Juan en la Sociedad de Economía Mixta “Aguas de Alcázar Empresa Mixta, S.A” resultante de la ampliación de capital, para la gestión del servicio del ciclo integral del agua en el término municipal de Alcázar de San Juan, Alameda de Cervera y Cinco Casas”*.

Segundo. Frente al pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) aprobado para regir dicho contrato por parte del Pleno del Excmo. Ayuntamiento (en sesión de 14 de mayo de 2014) se ha interpuesto recurso especial en materia de contratación por parte de



D. ^a A.B.T.A., concejal del Excmo. Ayuntamiento, mediante escrito presentado en oficina de Correos el 29 de mayo y que tiene entrada en el Registro de este Tribunal el día 30 de mayo de 2014.

En dicho recurso se defiende la nulidad del pliego articulando distintos motivos de impugnación. En primer lugar, razona la recurrente que, siendo de aplicación a esta contratación lo establecido en la Disposición adicional 29^a del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), por tratarse de un supuesto de colaboración público privada institucionalizada (CPPI) según lo ya establecido por este Tribunal en su previa Resolución 299/2014, de 11 de abril de 2014, las normas a que se debe ajustar esta licitación única son de dos tipos: en todo caso *"las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado"* y también *"las establecidas en esta ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituye su objeto"*.

Por tanto, según razona la recurrente, debe atenderse a lo dispuesto en el art. 13 del TRLCSP, conforme al cual: *"Son contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en todo caso"*. Entiende por ello que este contrato está sujeto a regulación armonizada, en contra de lo que se indica en la cláusula 1 del PCAP, y que debió haberse publicado la licitación en el BOE y en el Diario Oficial de la Unión Europea, lo que no se ha hecho, por lo que defiende la nulidad de la licitación.

En segundo término, la recurrente defiende la nulidad del PCAP por infracción del principio de igualdad y del principio de no discriminación, y ello en relación con la posibilidad, prevista en la cláusula 8 del pliego, de concurrir a la licitación con el compromiso de constituir, una vez resuelto el concurso, una sociedad de propósito específico (SPE). Entiende que ello resulta ilegal porque solo es admisible en los contratos de concesión de obra pública y por cuanto en su opinión atenta gravemente contra el principio de igualdad en la contratación, puesto que las empresas asumirían diferentes riesgos jurídicos, patrimoniales y financieros en función de la forma en que se presenten al concurso, no siendo valorado ni tenido en cuenta por los pliegos a la hora de calificar las ofertas de las diferentes empresas.



Esgrime asimismo que el hecho de que la SPE no tenga solvencia y que haya de prestársela otra empresa mediante lo previsto en el art. 63 TRLCSP, provoca una clara discriminación entre los licitadores, puesto que no se asumen los mismos riesgos de explotación ni de sanciones, al estar limitada esta responsabilidad.

Junto a lo anterior, se defiende la invalidez del pliego por oponerse a lo previsto en la memoria anexa al mismo, razonando que en la cláusula 3 del pliego se hace referencia a que todo el proceso se apoya en la memoria aprobada por el Pleno, y que se acompaña como anexo, como contenido contractual, y que existen contradicciones entre un documento y otro.

En concreto, se alude en este sentido a lo previsto en la cláusula 10 del pliego, donde se exige el pago de un canon anticipado por el alcantarillado, exigencia no reflejada en la memoria económica anexa al PCAP. Entiende la recurrente que ello genera inseguridad jurídica, por la contradicción entre un documento contractual y otro, e introduce un elemento claramente no evaluado por la Corporación que altera sustancialmente el estudio económico financiero que da soporte a las prescripciones económicas del pliego, *“lo que deja en manos de cada licitador y al libre albedrío de la administración, el encaje de este nuevo concepto de cara a definir los periodos de amortización o recuperación del canon por el licitador; la imputación de costes financieros o no del mismo, la consideración del mismo como "a fondo perdido" o "recuperable" para el licitador”*.

Concluye manifestando que con todo ello *“se produce una clara falta de transparencia que sin duda derivará en adjudicación en base a consideraciones subjetivas no contempladas en los pliegos y que limita la concurrencia por cuanto determinados licitadores no están en condiciones de asumir ni jurídica ni económicamente esta indefinición del pliego”*.

En la misma línea, se alude a lo previsto en el PCAP en cuanto a que los servicios que gestionará la empresa mixta son los que correspondían a la actual Empresa Municipal de Aguas. Se manifiesta al respecto en el recurso que, sin embargo, en la actual empresa de aguas el alcance de los trabajos o servicios es mayor, tal y como se indica en la memoria y en la información que se está suministrando a los licitadores en las visitas reguladas que están haciendo a la empresa de aguas. Considera que ello es *“una nueva contradicción entre el PCAP y la memoria anexa que debe aclararse previamente, ya que ello altera los*



estudios económicos financieros y, en consecuencia, afecta al principio de transparencia y también al de igualdad, pues hay alguna empresa que está relacionada con el redactor de estos documentos y que parte con ventaja en cuanto al conocimiento de la realidad de los servicios a prestar”.

Por último, se hace referencia en el recurso a la contradicción entre las cláusulas 15 y 23 del pliego, referidas respectivamente al contenido de las proposiciones y a la denominada "Comisión de seguimiento y control", en la medida, según entiende la recurrente, en que en la primera no se reflejan los gastos derivados de la actividad de seguimiento y control aludidos en la segunda.

Considera la recurrente que ello *“genera indefinición e inseguridad jurídica y va contra el principio de igualdad y transparencia que debe regir toda licitación. Una obligación indefinida que trastoca el estudio económico financiero de la oferta”.*

Estima asimismo que *“no se pueden repercutir en el adjudicatario los gastos de asesoramiento que eventualmente puede necesitar el Ayuntamiento durante la ejecución del contrato, y menos cuando ese gasto no se concreta si se producirá o no”.*

Concluye por todas estas razones la recurrente interesando que *“se anule el PCAP por todas o algunas de las razones invocadas o subsidiariamente que se ordenen subsanar las contradicciones o carencias asimismo denunciadas, paralizando el procedimiento y ordenando reiniciar la licitación”.*

Asimismo, se solicita en el recurso la suspensión de la licitación.

Tercero. El órgano de contratación ha evacuado informe conforme a lo previsto en el art. 46.2 del TRLCSP.

En el mismo se examina en primer lugar el tenor de la Disposición adicional 29ª del TRLCSP, defendiendo que no resultan de aplicación las normas de licitación de los contratos de colaboración público-privada a los supuestos de selección de un socio privado de la sociedad de economía mixta que, en último extremo, resultará adjudicataria de un contrato público o de una concesión, en la terminología comunitaria.



En tal sentido, entiende el órgano de contratación que la selección del socio privado debe regirse por la regulación establecida en el TRLCSP para el contrato de gestión indirecta de servicios públicos, contrato que no está sometido a regulación armonizada.

En esta misma línea, se manifiesta que no nos encontramos ante un contrato de colaboración público privada, sino frente a un contrato de gestión indirecta de un servicio público que incorpora, con carácter puramente instrumental, la selección del socio privado de la sociedad de economía mixta llamada a realizar dicha gestión, con cita de la previa Resolución 299/2014 de este Tribunal.

También con apoyo en dicha resolución, se defiende en el informe la posibilidad de permitir la concurrencia al procedimiento de empresas con el compromiso de constituir una sociedad *"ad hoc"* que asumirá la condición de socio privado de la sociedad de economía mixta, concluyendo además que ello no vulnera el principio de igualdad de trato, en tanto se ofrece como posibilidad a todos los posibles licitadores.

De otra parte, se pone de relieve que las posibles inconsistencias que pudieran existir entre el PCAP y el resto de documentación con carácter contractual son resueltas por el propio PCAP en su cláusula segunda, donde se establece el orden de prelación para dicha documentación, siendo aplicable con carácter preferente el clausulado del PCAP.

Se apunta asimismo que no existe discrepancia alguna entre la memoria económica y el PCAP. Se parte aquí de que *"La Memoria tiene carácter descriptivo, e informa tanto sobre los aspectos técnicos del servicio, como sobre la previsión de costes e ingresos del servicio de acuerdo con la experiencia municipal en el pasado. Tiene un carácter orientativo, tanto para los licitadores, que obtienen datos reales sobre los costes e ingresos derivados en el pasado de la gestión del servicio, como para la propia Corporación, que incorpora al procedimiento un elemento de contraste sobre la viabilidad económica de las ofertas presentadas por aquellos"*.

Por tal razón, se defiende que la incorporación por el PCAP de fórmulas de retribución del Ayuntamiento por la cesión de las redes e infraestructuras necesarias para la prestación de los servicios objeto de gestión indirecta y la inclusión de tales fórmulas de retribución entre los criterios de valoración de las ofertas no suponen una contradicción con la memoria.

Se niega igualmente que exista contradicción en lo referente al objeto social que se detalla en la memoria y lo estipulado en la cláusula 24 del pliego, poniendo de manifiesto que en el marco de la legislación aplicable la Sociedad de Economía Mixta podrá llevar a cabo cualquier actuación relacionada con el ciclo integral del agua, pero en ningún caso encomiendas de otro tipo de competencia municipal al no considerarse medio propio una sociedad público-privada.

En lo que atañe a la previsión realizada por la cláusula 23 del pliego, se pone de relieve que la misma establece la posibilidad de que el Ayuntamiento pueda contratar los servicios de una empresa especializada para el seguimiento y control de la prestación del servicio (potestad que le corresponde como titular del mismo) y la obligación del licitador de provisionar una cantidad establecida en el PCAP (un máximo del 1% de la facturación anual) para atender a su pago. Al hilo de ello, se indica que dicha cláusula no puede suponer falta de transparencia, en tanto se establece con claridad en el PCAP, ni atentar contra el principio de igualdad o crear inseguridad jurídica, vista la claridad de su redacción.

Entiende por todo ello el Ayuntamiento que los motivos de impugnación contenidos en el recurso deben ser desestimados.

Cuarto. Con fecha 13 de junio de 2014 la Secretaria de este Tribunal, acogiendo la petición formulada al respecto por el recurrente, resolvió conceder la suspensión del procedimiento de licitación, conforme a lo previsto en los arts. 43 y 46 TRLCSP.

Quinto. La Secretaría del Tribunal ha dado traslado del recurso interpuesto a los interesados, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que se haya evacuado dicho trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso especial en materia de contratación a tenor de lo establecido en el artículo 41, apartados 3 y 4, del Texto Refundido de la Ley de Contratos

del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), así como en el Convenio de colaboración suscrito el 15 de octubre de 2012 entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha sobre atribución de competencia de recursos contractuales.

Segundo. Por lo que se refiere a la legitimación de la Sra. Tejado Alberca, Concejal del Ayuntamiento, hemos de remitirnos a lo ya razonado por este Tribunal en la Resolución 299/2014 referida a recurso interpuesto por dicha Concejal frente a distintos actos de un previo procedimiento de contratación seguido por el mismo Ayuntamiento con idéntico objeto al que aquí nos ocupa, y a la que ya hemos tenido ocasión de referirnos en los antecedentes de hecho.

Tal y como entonces se indicaba, el art. 63.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de Bases de Régimen Local (LRBRL) contempla un supuesto especial de legitimación en caso de acuerdos municipales. La interpretación que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha hecho del artículo 63.1.b) de la LRBRL ha sido unánime en el sentido de considerar que solo los miembros que forman parte de un órgano colegiado del Ayuntamiento y que votan en contra del acuerdo adoptado están legitimados para impugnar tal acuerdo ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, afirmando que dicha norma no afecta a los concejales que no forman parte del órgano en concreto, los cuales podrían impugnarlo atendiendo a las reglas generales de legitimación; no obstante, no pueden ignorarse las Sentencias del Tribunal Constitucional que sientan una doctrina general sobre el alcance de la legitimación de los miembros de las Corporaciones Locales para impugnar los acuerdos de sus órganos, que excede de lo expuesto, reconociendo la legitimación de los Concejales, aunque no pertenezcan a los órganos municipales que adopten el acuerdo, por su mera condición de miembro del Ayuntamiento interesado en el correcto funcionamiento de la Corporación Municipal, en virtud del mandato representativo que ostenta, con la sola excepción de que formando parte del órgano colegiado en cuestión, no vote en contra de la adopción del acuerdo de que se trate.

Por tales razones, debe estimarse que el art. 63 LRBRL y la doctrina citada amparan la legitimación de la concejal recurrente para interponer este recurso pues el art. 63 no distingue ni limita el cauce de impugnación.

Tercero. El recurso, dirigido frente a actuación impugnada en esta vía conforme al art. 40.2.a) TRLCSP, ha sido interpuesto ante este Tribunal dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2. a) del TRLCSP, esto es, en el plazo de quince días hábiles desde la fecha en que los pliegos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores para su conocimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 158 del TRLCSP. También se respeta dicho plazo desde la fecha de aprobación del pliego por el Pleno municipal, momento en el que la concejal tuvo conocimiento del mismo.

Consta asimismo en el expediente el anuncio del recurso al órgano de contratación exigido en el artículo 44.1 del TRLCSP, presentado el 29 de mayo de 2014 en el registro del Ayuntamiento.

Cuarto. El examen de la procedencia de este recurso así como de los motivos de impugnación articulados exige que hagamos referencia a los razonamientos que este Tribunal ya tuvo ocasión de detallar en la Resolución nº 299/2014, referida a recurso interpuesto por la misma Concejal aquí recurrente frente a distintos acuerdos del Ayuntamiento de Alcázar de San Juan adoptados en el procedimiento de contratación previamente seguido con el mismo objeto que el que aquí nos ocupa, esto es, para la enajenación de acciones de la Sociedad Aguas de Alcázar, Empresa municipal, S.A. a efectos de transformar la citada empresa en una Sociedad de Economía Mixta para la gestión indirecta de los servicios públicos vinculados al Ciclo integral del agua. En aquella previa resolución se estimó el recurso interpuesto frente al acuerdo de adjudicación, anulando éste así como declarando la nulidad de pleno derecho de las cláusulas 9 y 22 del pliego de cláusulas administrativas particulares, con expresa anulación de todo el procedimiento de licitación, dejando a salvo la facultad de iniciar un nuevo procedimiento en el que se corrigiesen los motivos de nulidad apreciados.

A lo que ahora nos enfrentamos es precisamente al examen del pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado en ese nuevo procedimiento de licitación que ha iniciado la Corporación Local tras aquella anulación. Y, dado que se mantienen las notas definitorias del procedimiento y objeto contractual, resulta inexcusable que partamos de lo que ya se razonó y resolvió en esa previa resolución.

Insistiendo pues en lo que ya entonces se indicaba, comenzaremos por el examen de la naturaleza del contrato, cuestión que servirá de premisa aquí para examinar, en una primera aproximación, si resulta admisible este recurso especial, y, seguidamente, de ser positiva la respuesta, si han de ser acogidos los motivos de impugnación articulados, muy especialmente el primero de ellos, íntimamente vinculado a esta cuestión.

De nuevo puede afirmarse, dado que como hemos apuntado el pliego mantiene las líneas generales caracterizadoras del contrato, que nos enfrentamos a un procedimiento de licitación complejo, cuyo fin último es determinar el régimen de la prestación del servicio público de gestión integral del agua en el municipio de Alcázar de San Juan por parte de una Sociedad de Economía Mixta, y que integra con carácter preliminar, con el objeto de constituir dicha Sociedad, la selección del socio privado que habrá de suscribir una ampliación de capital a realizar por la actual Sociedad municipal prestadora del servicio.

Así, como ya sucedía en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) rector de la previa licitación que fue anulada, el nuevo pliego indica en su cláusula 1 que se trata del establecimiento de las bases que han de regir la selección del socio privado que haya de concurrir conjuntamente con el Excmo. Ayuntamiento de Alcázar de San Juan en la sociedad de economía mixta, "*Aguas de Alcázar Empresa Mixta, S.A*", resultante de la ampliación de capital que se prevé, para la gestión del servicio del ciclo integral del agua en el término municipal de Alcázar de San Juan, Alameda de Cervera y Cinco Casas, tal y como se establece en el Anexo VII del Pliego.

En segundo lugar, una vez constituida la sociedad "*Aguas de Alcázar Empresa Mixta, Sociedad Anónima*" (integrada por el socio privado y el Ayuntamiento de Alcázar de San Juan), se llevará a cabo el objeto principal del contrato público, la adjudicación a esta nueva sociedad de economía mixta de la gestión indirecta del servicio público del ciclo integral del agua, en el término municipal de Alcázar de San Juan, Alameda de Cervera y Cinco Casas, en el que se incluyen el abastecimiento, tratamiento y distribución de agua potable, así como el alcantarillado y la depuración de las aguas residuales, de conformidad con la Disposición Adicional 29ª del TRLCSP.

Las actividades señaladas en el párrafo anterior tienen la condición de servicios públicos del Ayuntamiento de Alcázar de San Juan, el cual mantendrá la titularidad de los mismos.

La cláusula 2, por su parte, expresa que *“Una vez creada la Sociedad, la relación que vincule a la misma con el Ayuntamiento de Alcázar de San Juan será la derivada de la gestión indirecta de un servicio público, de conformidad con lo dispuesto en el art. 182 del reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP) en concordancia con los artículos 102 al 137 del RSCL”*.

Insiste en esta línea la cláusula 1 del pliego de prescripciones técnicas, al indicar que *“El Ayuntamiento de Alcázar de San Juan convoca concurso público para la selección de un Socio Inversor Privado que formará parte junto con el propio Ayuntamiento en la sociedad de economía mixta “Aguas de Alcázar Empresa Mixta” la cual habrá de gestionar el servicio público de abastecimiento, alcantarillado y depuración (saneamiento) de aguas residuales de la ciudad de Alcázar y las pedanías especificado en el Anexo VI, bajo la modalidad de sociedad de economía mixta”*.

Nos encontramos así ante un servicio ya establecido y en funcionamiento en el que, como se indica en la cláusula 1 del PCAP, el licitador que resulte adjudicatario, como requisito para pasar a gestionar los servicios mencionados junto con el Ayuntamiento mediante una sociedad de economía mixta, deberá suscribir y desembolsar, íntegramente, mediante una ampliación de capital, un paquete de acciones que conforman el 52,38 % del capital social (con un valor nominal de 6.010,12 euros por acción), así como el abono de una prima de emisión por el importe de 1.075.811,66 euros, tras lo que se procederá a elevar a escritura pública y registrar la modificación de los estatutos sociales de la sociedad.

Cabe asimismo citar aquí lo establecido en la cláusula 3 del pliego de prescripciones técnicas, referida a la titularidad del servicio, donde tras indicar que, de conformidad con lo establecido en el art. 126.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, el servicio de abastecimiento de agua potable y saneamiento de Alcázar de San Juan seguirá ostentando en todo momento la calificación de servicio público del agua, se deja sentado que: *“El Socio Inversor Privado se comprometerá frente a la Sociedad de Economía Mixta, de igual modo que la Sociedad de Economía Mixta gestora del servicio se comprometerá frente al Ayuntamiento, para el cumplimiento de la totalidad de obligaciones y la prestación del servicio público de saneamiento y depuración de aguas de la ciudad de Alcázar en los términos recogidos en estos Pliegos de Condiciones”*.

Asimismo, en la cláusula 5 de este pliego se detallan las actividades que comprende el servicio así como las obligaciones de la sociedad de economía mixta al respecto, dedicándose distintos apartados del pliego a las instalaciones, organización y prestación del servicio.

De otra parte, y superando uno de los defectos que advertíamos en nuestra previa resolución, en la cláusula 21 del nuevo PCAP se prevé la formalización entre el Ayuntamiento y Aguas de Alcázar Empresa Mixta, S.A. de un contrato administrativo en el que se recojan los derechos y obligaciones de ambas partes con relación a la gestión indirecta del servicio del ciclo integral del agua. Todo ello, claro está, tras la constitución de dicha Sociedad Mixta una vez seleccionado el socio privado.

Hemos de mantener pues las apreciaciones de la previa resolución que hemos citado, en el sentido de que nos encontramos ante un proceso complejo cuya causa jurídica resulta ser el cambio de la forma de gestión del servicio público en cuestión, pasando de gestión directa mediante sociedad municipal a gestión indirecta a través de sociedad de economía mixta, con el consecuente establecimiento de las condiciones jurídicas en que se desarrollará la prestación del servicio por dicha sociedad, una vez la actual sociedad municipal se haya transformado, con la incorporación del socio privado que se seleccione, en una sociedad de economía mixta. En el procedimiento de licitación se trata por tanto de seleccionar, con respeto a los principios de libre concurrencia, transparencia e igualdad de trato, al empresario que haya de incorporarse a esa sociedad, asegurando, en atención a esa causa última del contrato, que se disponga de la aptitud necesaria para llevar adelante la prestación del servicio. Junto a ello, el pliego incorpora las condiciones en que se producirá la enajenación de los títulos representativos del capital (en la operación de ampliación previamente referida) al socio privado, lo que no constituye sino un aspecto accesorio e instrumental respecto del objeto principal del contrato, la adjudicación de la prestación del servicio público a la sociedad de economía mixta constituida y en atención a la aptitud y solvencia así como a la oferta presentada por el socio privado a seleccionar.

Nuestra legislación contempla esta modalidad de gestión de servicios públicos en el art. 277.d) del TRLCSP. Así, después de indicar en su art. 275.1 que *“La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares”*, este texto legal se refiere en el citado

art. 277, apartado d), entre las modalidades de la contratación de la gestión de los servicios públicos, a la *“Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”*.

Como asimismo se indicaba en nuestra previa resolución, desde otra perspectiva, este mecanismo de contratación para la gestión de un servicio público, donde se aúnan en un único procedimiento tanto la selección del socio privado que se integrará en la sociedad de economía mixta que gestionará el servicio como, en segundo lugar, la determinación de las condiciones de la gestión con definición de los derechos y obligaciones de las partes, tiene encaje en el concepto de Colaboración público privada institucionalizada (CPPI), que supone, como indica la *“Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)”* (DOUE de 12 de abril de 2008), *“la cooperación entre socios del sector público y del sector privado que crean una entidad de capital mixto para la ejecución de contratos públicos o concesiones. La aportación privada a los trabajos de la CPPI, además de la contribución al capital u otros activos, consiste en la participación activa en la ejecución de las tareas confiadas a la entidad de capital mixto y/o la gestión de dicha entidad”*.

Dicha Comunicación tiene por objeto el examen de las modalidades de aplicación de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos y concesiones en caso de creación y explotación de CPPI, partiendo del principio fundamental de que *“El hecho de que una entidad privada y una entidad adjudicadora cooperen en el marco de una entidad de capital mixto no puede justificar que la autoridad contratante no cumpla las disposiciones sobre contratos públicos y concesiones en la adjudicación de contratos públicos o concesiones a esa entidad privada o a la entidad de capital mixto.”*

Señala este documento como, en la práctica, la creación de una CPPI puede materializarse bajo una de estas dos modalidades:

1º.- Con la creación de una nueva empresa cuyo capital pertenece conjuntamente a la entidad adjudicadora y al socio privado (en algunos casos, a varias entidades

adjudicadoras y/o a varios socios privados), y la adjudicación de un contrato público o de una concesión a esa entidad de capital mixto, de nueva creación.

2º.- O bien mediante la participación de un socio privado en una empresa pública existente que ejecuta contratos públicos o concesiones obtenidos anteriormente en el marco de una relación interna.

El caso que nos ocupa puede enmarcarse en el segundo de los supuestos, con la precisión de que la empresa pública a la que se va a incorporar el socio privado y que venía gestionando el servicio lo hace bajo la fórmula de gestión directa en cuanto empresa de titularidad íntegramente municipal.

Cualquiera que sea el supuesto, la Comunicación apunta que las disposiciones de la legislación comunitaria en materia de contratos públicos y concesiones imponen a la entidad adjudicadora la observancia de un procedimiento equitativo y transparente a la hora de seleccionar al socio privado que, en el marco de su participación en la entidad de capital mixto, realiza suministros, obras o servicios, o cuando adjudica un contrato público o una concesión a la entidad de capital mixto. Ello no supone, sin embargo, que haya de llevarse a cabo una doble licitación, lo que no resultaría práctico. Por tal razón, la Comunicación sugiere, para evitar los problemas derivados de la doble licitación, que el socio privado sea seleccionado *“mediante un procedimiento de licitación transparente y competitivo cuyo objeto es el contrato público o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto y la contribución operativa del socio privado a la ejecución de esas tareas y/o su contribución administrativa a la gestión de la entidad de capital mixto. La selección del socio privado va acompañada de la creación de la CPPI y la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto”*.

Se refiere asimismo a esta materia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de octubre de 2009, recaída en el Asunto C 196/08, en la que se plantea si resulta compatible con el Derecho comunitario la adjudicación directa de la gestión de servicios públicos locales a sociedades de economía mixta en las que se elija al socio privado a través de procedimientos de licitación pública que respeten las normas comunitarias en materia de competencia.

También aquí se indica que recurrir a una doble licitación casa mal con el ahorro de trámites que inspira las colaboraciones público-privadas institucionalizadas, cuya creación reúne en el mismo expediente la selección del socio económico privado y la adjudicación de la concesión a la entidad de capital mixto que debe constituirse únicamente a estos efectos. Y, en línea con lo previamente apuntado, se indica que es posible resolver este problema si se selecciona al socio privado respetando las exigencias de transparencia e igualdad de trato, desde el momento en que se exija a los candidatos que demuestren, no sólo su capacidad para convertirse en accionistas, sino ante todo su capacidad técnica para prestar el servicio y las ventajas económicas y de otro tipo que conlleva su oferta.

Así las cosas, el contrato a que nos enfrentamos encaja dentro de los perfiles de la CPPI, figura que en nuestro Derecho aparece contemplada en la Disposición Adicional 29ª del TRLCSP, que establece en su apartado 1 que:

“Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concorra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado”.

Así pues, y como ya concluíamos en la previa Resolución 229/2014, el procedimiento de licitación seguido por el Ayuntamiento se ajusta en sus líneas generales a este planteamiento, debiendo calificarse el contrato definido por el pliego objeto de este recurso como de gestión de servicio público, dado que la relación jurídica que se establecerá a resultas de la licitación tendrá por objeto la prestación del servicio por parte de la Sociedad de Economía Mixta, que quedará vinculada con el Ayuntamiento con tal finalidad, constituyéndose en contratista de la Corporación Local (art. 182 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -R.D. 1098/2001, de 12 de octubre).

En este sentido se orienta la Comunicación ya citada, cuando señala que el objeto del procedimiento en el que se selecciona al socio privado es el contrato público o la

concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto, añadiendo que la selección del socio privado va acompañada de la creación de la CPPI y la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto.

También apunta en la misma dirección la propia Disposición Adicional 29ª del TRLCSP, al requerir que la elección del socio privado se efectúe de conformidad con las normas establecidas para la adjudicación del contrato que se celebrará con la sociedad de economía mixta.

Como ya poníamos de relieve en la previa resolución que venimos citando, el hecho de que en el procedimiento de licitación la adjudicación se realice en favor del socio privado que habrá de integrarse en la sociedad de economía mixta no puede alterar la consideración anterior, toda vez que esa selección presenta un carácter meramente instrumental. Así, con el objeto de atribuir la gestión del servicio público a una sociedad de economía mixta, se selecciona en el procedimiento de licitación al socio privado de la misma atendiendo a criterios de solvencia y de ponderación de ofertas vinculados al objeto de la prestación del servicio, siendo siempre el objeto definitorio de la naturaleza del contrato resultante de la licitación el de la gestión del servicio público.

De otra parte, aun cuando del procedimiento de licitación resulte una amalgama de prestaciones a cargo tanto del adjudicatario seleccionado como socio privado como de la futura sociedad de economía mixta, el contrato a celebrar en este tipo de supuestos no puede calificarse como contrato mixto, puesto que la relación contractual, que se establecerá como hemos dicho con la sociedad de economía mixta, tendrá por objeto la gestión del servicio, sin que se adicione allí prestaciones propias de otro tipo contractual. Las obligaciones que se establezcan a cargo del socio privado seleccionado operarán al margen de ese contrato, correspondiendo a la fase previa de selección del mismo y de constitución de la sociedad de economía mixta, que luego quedará convertida en contratista de la Administración.

Quinto. Partiendo del planteamiento anterior, habremos de examinar, en primer lugar, la procedencia del recurso especial respecto de los actos del procedimiento de licitación que nos ocupa, atendiendo a lo previsto en el art. 40.1.c) del TRLCSP, que señala que serán susceptibles de este recurso especial en materia de contratación los actos del art. 40.2

cuando se refieran a *“contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años”*.

Se trata pues de un doble requisito, de carácter cumulativo, esto es, para que proceda en este tipo de contratos este recurso especial debe concurrir la doble circunstancia de que el presupuesto de gastos de primer establecimiento supere los 500.000 euros, IVA excluido, y que el plazo de duración del contrato sea superior a cinco años.

En nuestro caso se cumple el requisito de plazo, puesto que conforme a la cláusula 7 del PCAP el contrato tendrá una duración, improrrogable, de veinticinco años.

En cuanto al requisito relativo al presupuesto de gastos de primer establecimiento, tal y como viene señalando en distintas resoluciones este Tribunal, hemos de acudir para definir este concepto a otros preceptos del TRLCSP en los que se alude al mismo. Así, en el artículo 154 se exige la obligatoria publicación de la formalización de los contratos de gestión de servicios públicos, *“cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea igual o superior”* a 100.000 euros. Al emplear el término *“presupuesto”* por referencia a contratos ya formalizados, forzosamente se está haciendo alusión a gastos que, por mucho que sean necesarios para la puesta en marcha del servicio, aún han de acometerse y cuya cuantía es por ello meramente estimada. El artículo 172.b) corrobora definitivamente esa inferencia, puesto que, al definir los supuestos en los que es dable acudir al procedimiento negociado para la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos, incluye entre ellos el de los contratos de *“gestión de servicios cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento se prevea inferior a 500.000 euros y su plazo de duración sea inferior a cinco años”*. La alusión a que el presupuesto *“se prevea”* abunda en la idea de que aquel se contrae a gastos futuros, aún no asumidos.

Desde esta perspectiva, se concluye que cuando el artículo 40.1.c) alude a los contratos cuyo *“presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros”*, dicha expresión ha de entenderse alusiva al importe previsto de los gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato deba asumir, a resultas de tal adjudicación, para la puesta en marcha del servicio público cuya gestión se le ha encomendado, ya porque así se haya previsto expresamente

en los pliegos de aplicación o en otros documentos del expediente, ya porque así se infiera implícitamente de su contenido.

Y ello se refiere, como resulta de la referencia realizada a este término en los ya citados arts. 154 y 172.b), no ya estrictamente a los gastos que hayan de acometerse de manera inmediata a la formalización del contrato, sino a todos aquéllos que esté previsto realizar para la prestación del servicio público.

Pues bien, si proyectamos esas notas del concepto sobre el contrato que nos ocupa, habremos de concluir en que si bien no existe referencia expresa alguna al “*presupuesto de gastos de primer establecimiento*” ni en el pliego de cláusulas administrativas particulares ni en el pliego de prescripciones técnicas, sí que se impone la obligación de realizar determinados gastos o inversiones como exigencia necesaria para la prestación del servicio a gestionar por la sociedad de economía mixta.

Acudimos para concretar estas obligaciones a las cláusulas 10 y 11 del PCAP. La primera de ellas, relativa a las prestaciones económicas a cargo de las partes, impone a la empresa que resulte adjudicataria la obligación de suscribir en la ampliación de capital de la sociedad municipal un paquete de acciones (por importe de 66.111,32 euros) con abono de prima de emisión (1.075.811,66 euros), conceder un préstamo a favor de dicha sociedad por importe de 6.525.876 euros para financiar el pago de la deuda que tiene contraída la Empresa Municipal Aguas de Alcázar S.A. con el Ayuntamiento, así como abonar un canon anticipado en concepto de uso de los bienes públicos de alcantarillado otorgados por el Ayuntamiento, por importe mínimo de 500.000 euros. A ello se suma la obligación que se impone en la cláusula 11.A, en referencia a los criterios de ponderación de la oferta económica, al obligarse al socio privado, bajo la rúbrica de “*Inversiones comprometidas*” a presentar en su oferta “*una cuantía mínima que la sociedad de economía mixta deberá destinar a obras de naturaleza hidráulica. Esta cantidad no podrá ser inferior a 3.000.000 €, ni superior a 4.500.000 € a precios del primer año*”.

A la vista del importe del canon e inversiones, fácilmente puede advertirse que los gastos necesarios para la prestación del servicio que integran el concepto de gastos de primer establecimiento son de importe superior a 500.000 euros.

Debe concluirse por tanto, al igual que hacíamos en nuestra previa resolución, y visto que el pliego se mantiene sin modificar en lo que afecta a este aspecto, que en este caso concurre asimismo el requisito de existir un presupuesto de gastos de primer establecimiento superior a los 500.000 euros, IVA excluido, con lo que resulta procedente el recurso especial en materia de contratación.

Sexto. Llegados a este punto, corresponde ya pasar a analizar los motivos de impugnación articulados en el recurso, siguiendo el orden en que se desarrollan en el mismo.

En primer lugar, asumiendo la premisa de que, como ya se puso de relieve en la previa resolución de este Tribunal y hemos tenido ocasión de examinar aquí previamente, nos encontramos ante un supuesto de colaboración público privada institucionalizada previsto en nuestro derecho en la Disposición adicional 29ª del TRLCSP, en las alegaciones del recurso se viene a razonar que, en nuestro derecho, resultan siempre y en todo caso de aplicación las disposiciones referidas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado a los supuestos de colaboración público privada institucionalizada. Y ello con la importante consecuencia de que, por tal razón, nos encontraríamos entonces siempre ante un contrato sujeto a regulación armonizada conforme a lo dispuesto en el art. 13.1 TRLCSP. Extrae de aquí la recurrente que, al no haberse considerado así por parte del órgano de contratación, se han vulnerado las normas de publicidad aplicables, por no haberse respetado las correspondientes a los contratos de dicha naturaleza.

A la vista del tenor de las disposiciones del TRLCSP en esta materia, así como de la regulación comunitaria de la figura de la colaboración público privada, no podemos compartir esa argumentación. Vaya por delante que la recurrente realiza una lectura sesgada del tenor de la Disposición adicional 29ª del TRLCSP, puesto que en la misma no se indica, en contra de lo afirmado en el recurso, que a los supuestos que contempla les sean "*en todo caso*" de aplicación las normas rectoras del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Antes al contrario, lo que allí se dice, con un significado por completo distinto al pretendido, es que tales normas serán de aplicación "*en su caso*", esto es, cuando concurren de manera efectiva las circunstancias definitorias de dicha figura contractual.

Se indica, en efecto, que la elección del socio privado se habrá de efectuar *“de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”*.

Dicha fórmula de colaboración no tiene lugar sin embargo en el caso del contrato que nos ocupa, toda vez que no se trata en este caso de que, conforme a la definición de ese contrato contenida en el art. 11 del TRLCSP, y previa la evaluación a que se refiere el art. 134 de dicho texto legal, el Ayuntamiento encargue a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las prestaciones que relaciona dicho precepto. Frente a ello, y en la línea en que se insistía en la previa resolución de este Tribunal de lo que se trata es, más simplemente, de seleccionar al socio privado que pasará a integrarse en la sociedad de economía mixta con la que se contratará la gestión de los servicios públicos objeto de la licitación que nos ocupa.

Conviene recordar aquí como en el Libro Verde de la Comisión sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones se pone de manifiesto, en este ámbito de la colaboración público privada (CPP), la distinción entre operaciones de CPP de tipo puramente contractual, en las que la colaboración entre los sectores público y privado se basa en vínculos exclusivamente convencionales, y operaciones de CPP de tipo institucionalizado, que implican la cooperación entre los sectores público y privado en el seno de una entidad diferente.

Paralelamente a dicha distinción, en nuestra legislación el TRLCSP regula (arts. 11 y concordantes) el contrato de colaboración público privada, bajo la denominación de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, mientras que la Disposición Adicional 29^a recoge, como venimos insistiendo, la fórmula de colaboración público privada institucionalizada.

Coherentemente con cuanto hemos expuesto, en la previamente citada Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) se deja claramente establecido que lo determinante para la fijación de las normas aplicables para la selección del socio privado y adjudicación del contrato en el caso de las CPPI es cual sea la naturaleza del contrato que se habrá de celebrar con la empresa que se constituya.

Teniendo presente lo razonado hasta ahora, en nuestro caso el objeto del contrato resulta ser el propio de uno de los tipos contractuales previstos en el TRLCSP, en concreto el del contrato de gestión de servicios públicos, sin que concurran por el contrario las notas definitorias del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, conforme a lo dispuesto en el art. 11 de dicho texto legal. Consecuentemente, no cabe sino estimar que la regulación aplicable vendrá dada, aparte de por lo establecido en la Disposición Adicional 29ª reiteradamente citada, por las disposiciones específicas del contrato de gestión de servicios públicos. Y, al no tratarse de un caso de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, no serán de aplicación las normas correspondientes a esta modalidad contractual, aplicación que, insistimos, solo se prevé en la reiterada Disposición Adicional “*en su caso*”, esto es, de estar presentes las notas definitorias de este contrato, lo que aquí no sucede.

Conviene puntualizar, por último, que aun cuando en el recurso se cite en apoyo de su argumentación tanto el informe 1/2012 de la Junta Consultiva de contratación administrativa de Aragón como el Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, lo cierto es que de su lectura no se advierte respaldo para la tesis de la recurrente.

En definitiva, debe tenerse por correcta la mención de la cláusula 1 del PCAP relativa a que el contrato no está sujeto a regulación armonizada, puesto que debe estarse a su naturaleza de contrato de gestión de servicios públicos.

Séptimo. Rechazado el primer motivo de impugnación articulado, procede pasar a examinar el resto de los contenidos en el recurso, comenzando por el referido a la pretendida infracción de los principios de igualdad y no discriminación al permitir el pliego

la posibilidad de concurrir a la licitación bajo el compromiso de constituir una sociedad que sería la que se incorporase como socio privado de la sociedad de economía mixta, sociedad denominada en el pliego "*Sociedad de propósito específico*".

A esta cuestión ya nos referíamos en la previa resolución de este Tribunal que venimos citando, indicando entonces que cabría aceptar como posible el que para la selección del socio privado concurren a la licitación varias empresas bajo el compromiso de constituir una futura sociedad, dado que quienes concurren a la licitación no lo hacen para contratar directamente con la Administración, sino para constituirse en el socio privado de la empresa mixta con la que se contratará, por lo que nada parece impedir que varias empresas concurren incluyendo en su oferta el compromiso de constituir una sociedad, bajo determinadas condiciones, para que, de ser seleccionada su oferta, sea esa sociedad la que pase a ser el socio privado. Matizábamos esa afirmación indicando que debería precisarse con rigor el régimen de derechos y obligaciones tanto de los licitadores agrupados como de la sociedad que habrían de constituir de resultar adjudicatarios, así como que habría de asegurarse el que el socio privado reúna la aptitud y solvencia necesarias para la posterior gestión del servicio público a través de la sociedad de economía mixta.

Ateniéndonos pues a lo ya resuelto por este Tribunal al respecto, no advertimos impedimento legal para que la selección del socio privado de la sociedad de economía mixta pudiera culminar con una adjudicación en favor de varias sociedades concurrentes de manera agrupada bajo el compromiso de futura constitución de una sociedad mercantil que pasaría a su vez a ser el socio de la empresa mixta. Pero ello siempre con la consideración de que los así concurrentes habrían de quedar solidariamente obligados en esta fase frente a la Administración contratante, y que, además, deberían dejarse establecidas con la precisión y el rigor precisas las condiciones de esa fórmula asociativa y, en su caso de la sociedad que hubieran de constituir para pasar posteriormente ésta a ser el socio de la sociedad de economía mixta.

Si bien es cierto que en aquella otra resolución concluíamos en que en el pliego de cláusulas administrativas entonces analizado no se cumplían estos condicionantes, ahora nuestro pronunciamiento debe ajustarse a la nueva redacción del pliego que es objeto de este recurso.

La estimación de aquel recurso obedecía, en este punto, a que no se daba cumplimiento a las exigencias de solvencia de la nueva sociedad, al no establecerse en el pliego cuáles hubieran de ser ni los requisitos de constitución de la nueva sociedad, ni los medios a disposición, ni en qué términos los adjudicatarios habrán de aportar a dicha sociedad lo necesario para poder cumplir los compromisos asumidos. Por tal razón, advertíamos que la sociedad entonces constituida por los adjudicatarios no acreditaba (no lo exigía entonces el pliego) ni de qué manera podrá disponer efectivamente de los medios de las sociedades adjudicatarias en términos tales que quedase acreditada su solvencia técnica, ni tampoco cabía estimar que gozase de solvencia económica y financiera, vista su reducida cifra de capital. Teníamos presente además que la falta de aptitud de la sociedad constituida se trasladaba a la sociedad de economía mixta que habría de gestionar el contrato.

Ello no obstante, y en lo que aquí interesa, ya dejábamos indicado en la previa resolución que para que se hubiera podido llegar a otra conclusión hubiera sido preciso que se estableciesen en el pliego los requisitos de constitución y solvencia de la nueva sociedad a constituir por los adjudicatarios, así como las garantías de que la misma efectivamente iba a disponer de los medios ofrecidos por éstos a efectos de integrar su solvencia, e igualmente los términos en que esta sociedad habría de cumplir con las obligaciones de socio privado.

Así las cosas, el examen del pliego ahora impugnado revela como en la cláusula 8 relativa a la capacidad y solvencia de los licitadores, se contemplan de forma específica tanto los requisitos de constitución de esta “*sociedad de propósito específico*” como la solvencia exigible, atendiendo a los requerimientos de nuestra previa resolución.

En concreto, se indica a este respecto, en primer lugar, que: “*se permitirá la concurrencia de uno o varios empresarios agrupados con el compromiso de fundar una sociedad (en adelante denominada Sociedad de Propósito Específico “SPE”) que asumirá la condición de socio privado de la sociedad mixta “Aguas de Alcázar Empresa Mixta, S.A.”. En ese supuesto, deberán aportar en todo caso un compromiso en los términos establecidos en el Anexo XIV adjunto al presente pliego con las características siguientes:*

1. *Un compromiso suscrito, de constituir la SPE con un capital social o patrimonio neto mínimo, igual o superior a 1.000.000€, en caso de resultar adjudicatario.*

2. *El nombre y circunstancias del empresario o empresarios que constituirán la SPE.*

3. *En caso de concurrir agrupaciones de empresas, el porcentaje en que cada una participará en la SPE.*

Los empresarios agrupados que liciten bajo esta modalidad, quedarán obligadas solidariamente ante el Ayuntamiento y tendrán que nominar un representante o apoderado, con facultades suficientes para ejercitar los derechos y cumplir con las obligaciones que se deriven hasta la formalización del contrato.

La empresa o empresas que liciten con el compromiso de constituir una SPE, acreditarán su capacidad y solvencia de conformidad con lo exigido en el presente Pliego”.

En segundo término, en cuanto a la solvencia económica y financiera, se prevé lo siguiente:

“En el supuesto de concurrir con el compromiso de constituir una SPE, los licitadores, sin perjuicio de acreditar su propia solvencia económica y financiera conforme al apartado Primero del epígrafe A) de esta cláusula, deberán aportar una declaración responsable o compromiso por la que se obligan a dotar a la SPE de un patrimonio neto o capital social igual o superior a 1.000.000 euros con anterioridad a la formalización del contrato”.

Por último, encontramos los siguientes requerimientos para la acreditación de la solvencia técnica y profesional:

“2. 1.- Solvencia técnica y profesional de los socios de la SPE:

En el supuesto de concurrir a la presente licitación con el compromiso de constituir una SPE sus socios deberán acreditar su solvencia técnica y profesional conforme el apartado PRIMERO del epígrafe B) de esta cláusula (1.1 y 1.2).

2.2.- Forma de acreditar la efectividad de la solvencia técnica y profesional por medios externos y/o, en su caso, si se constituye una SPE.

En el supuesto de que los licitadores opten por acreditar su solvencia técnica o profesional por medios externos, conforme a lo establecido por el artículo 63 del TRLCSP, así como, en el caso de que hagan uso de la posibilidad de concurrir a la licitación con el compromiso

de constituir una SPE, todos ellos deberán suscribir el correspondiente compromiso fehaciente de aportación de medios técnicos (materiales y humanos) necesarios para la ejecución del contrato durante toda su vigencia que, como mínimo, serán los siguientes: (i) suscripción de un contrato de asistencia técnica continuada con la SPE en materia de gestión medioambiental y calidad, que permita asegurar el cumplimiento de los requisitos en la gestión del servicio en los términos exigidos por el pliego; (ii) aportación a la SPE del personal técnico cualificado, con el siguiente perfil: mínimo un Técnico especializado en el sector del ciclo integral del agua con al menos con 10 años de experiencia”.

También en el régimen de la garantía definitiva a constituir (cláusula 12.2) así como en el relativo a los derechos y obligaciones del socio privado (cláusula 28) se ajusta el tenor del PCAP a los requerimientos de aclaración y coherencia que resultaban de lo indicado en nuestra previa resolución sobre este contrato.

Para finalizar con el examen de este motivo de impugnación, ha de negarse asimismo que, como pretende la recurrente, al abrirse esta posibilidad se esté discriminando entre los licitadores, toda vez que es una opción abierta a cualesquiera empresas que pretendan concurrir a esta licitación.

En esta tesitura, vista la nueva redacción de las cláusulas del pliego, hemos de rechazar lo aducido por el recurso en este punto, por no resultar del mismo circunstancia alguna que invalide la previsión del pliego de la posibilidad de que se concurra a la licitación bajo el compromiso de constituir una futura sociedad que asumirá la condición de socio privado de la sociedad de economía mixta.

Octavo. Junto a los anteriores motivos de impugnación, la recurrente defiende asimismo que el pliego incurriría en vicio de nulidad al contradecir lo indicado en la memoria económica anexa al pliego. Se trata de la memoria justificativa para el cambio de la forma de gestión del servicio, cuyo contenido presenta carácter orientativo para los licitadores, quienes, de conformidad con lo previsto en la cláusula 15.3 del pliego, habrán de incluir en el sobre nº 3 un estudio económico y financiero de la oferta, consistente en memoria justificativa de explotación y plan económico y financiero, redactados conforme al guion y contenido mínimo señalado en el Anexo V del Pliego. Este estudio económico y financiero, según señala el PCAP, tiene por objeto ofrecer al Ayuntamiento un medio de comprobar la

viabilidad de las previsiones realizadas por el licitador al verificar su oferta, sin que en ningún caso las previsiones, hipótesis y cálculos recogidos en el citado documento tengan carácter contractual, de tal forma que las desviaciones que puedan producirse durante la duración del contrato en aquellas no determinarán, en ningún caso, la existencia de un desequilibrio económico en el contrato. En el Anexo 5, por su parte, se indica que el plan económico y de viabilidad de la sociedad se ajustará al modelo que figura en la Memoria Económica elaborada por el Ayuntamiento.

A la vista de todo ello, debe convenirse con lo apuntado en el órgano de contratación en su informe en cuanto al carácter informativo de la memoria, en referencia tanto a los aspectos técnicos del servicio como a la previsión de costes e ingresos.

Debe tenerse presente, además, la prevalencia de lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares respecto del resto de documentos contractuales según se establece en su cláusula 2.

Partiendo de tales premisas, cabe ya entrar a examinar las contradicciones que pone de relieve el recurso, comenzando por la relativa a la falta de mención en la memoria de la exigencia del pliego relativa al pago de un canon anticipado por el alcantarillado (cláusula 10 del PCAP), respecto de lo que se manifiesta que genera inseguridad jurídica, por la contradicción entre un documento contractual y otro, y altera sustancialmente el estudio económico financiero que da soporte a las prescripciones económicas del pliego

No podemos compartir tales apreciaciones, puesto que la exigencia de dicha obligación para el adjudicatario está claramente establecida en el pliego, sin que exista indefinición ni inseguridad alguna, no viéndose afectada esta obligación por el contenido de la memoria anexa al pliego, cuyo objeto no permite entender que pueda condicionar de manera determinante el contenido del pliego, auténtico documento rector de la contratación, con lo que esta pretendida discordancia carece del alcance y efectos que pretende la recurrente. Téngase presente que nada impide que, al margen de la estructura de costes anuales de gestión, que es lo que refleja la memoria, se imponga por el pliego el pago anticipado de un canon de esta naturaleza por el uso de los bienes públicos de alcantarillado otorgados por el Ayuntamiento, sin que los eventuales efectos de esta exigencia sobre el régimen económico del servicio afecten a la licitación.

En segundo lugar, carece asimismo de trascendencia anulatoria la alegación relativa a que los servicios a prestar dentro del objeto del contrato no se ajusten en detalle a los que venga prestando la actual concesionaria del servicio, manifestación del recurso que, aparte de carecer del inexcusable sustento probatorio, no oscurece el hecho de que ha de estarse al clausulado del pliego de cláusulas administrativas y demás documentos contractuales para definir el alcance del objeto del contrato, sin que en el recurso se concrete indefinición o vicio de algún tipo.

El objeto del servicio público a gestionar aparece definido con detalle en el pliego de cláusulas administrativas particulares y anexos, en particular anexos VI y VII (memoria técnica, memoria justificativa y proyecto de estatutos de la futura sociedad de economía mixta), así como en el pliego de prescripciones técnicas, sin que la recurrente, sobre quien recae sin duda la carga de justificar los motivos de impugnación aducidos, concrete en ningún momento cuáles sean las concretas discordancias a que alude, en términos puramente genéricos, lo que obliga a desestimar también este motivo.

Por último, denuncia la recurrente la existencia de contradicción en el pliego en lo que se refiere a los gastos de seguimiento y control, aduciendo que la asunción de los mismos se impone en la cláusula 23 sin que se establezca sin embargo como contenido de las ofertas a presentar.

El examen del pliego permite concluir que tampoco aquí existe la contradicción que se aduce. Lo que indica la cláusula 23 del mismo es que los licitadores deberán prever al realizar sus ofertas los gastos derivados de la actividad de seguimiento y control, para el caso de que a la misma pudiera incorporarse una empresa contratada por el Ayuntamiento, precisándose que su importe ascenderá al 1% de la facturación anual.

Esto es, se advierte a los licitadores de la eventualidad de este concreto gasto en la gestión del servicio, a efectos de que se pondere su alcance a la hora de cuantificar sus ofertas, en sin que se advierta tampoco contradicción en este particular.

Se trata de una cuestión propia de la ejecución del contrato y del régimen de derechos y obligaciones que corresponden a las partes en dicha fase contractual. El pliego simplemente establece que en la oferta debe preverse la eventual existencia de estos gastos, por cuanto serán de cuenta del adjudicatario, sin que exista óbice alguno para este

tipo de previsión, que se enmarca dentro de las menciones de aquellos gastos que, en la medida en que puedan surgir a lo largo de la ejecución, serán de cuenta del adjudicatario.

Además, y en cualquier caso, lo cierto es que sí que se contempla esta obligación en la memoria que figura como Anexo VII del pliego, indicándose en su pág. 68:

“5.3.1.10 Seguimiento y control

Supone el coste de las medidas que se decidan adoptar para el control y seguimiento de los trabajos de la empresa mixta, como pudiera ser la contratación de una entidad independiente. El coste por este concepto para el año 1 del Servicio asciende al 1% de la facturación anual, es decir, 44.951,70 euros teniendo en cuenta la facturación del año 2012”.

En definitiva, y por las razones expuestas, el recurso interpuesto ha de resultar íntegramente desestimado.

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. ^a A.B.T.A., concejal del Excmo. Ayuntamiento de Alcázar de San Juan (Ciudad Real), contra el pliego de cláusulas administrativas particulares rector del procedimiento de contratación para la “*Selección del socio privado para concurrir conjuntamente con el Excmo. Ayuntamiento de Alcázar de San Juan en la Sociedad de Economía Mixta “Agua de Alcázar Empresa Mixta, S.A.” resultante de la ampliación de capital, para la gestión del servicio del ciclo integral del agua en el término municipal de Alcázar de San Juan, Alameda de Cervera y Cinco Casas*”, así como frente al acuerdo del Pleno de dicho Ayuntamiento de 14 de mayo de 2014 en que se aprobó dicho pliego y se convocó la licitación.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

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 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.