



Recursos nº 137/2014, 180/2014 y 221/2014 C.A. Castilla-La Mancha 013, 015 y 021/2014

Resolución nº 299/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 11 de abril de 2014

VISTOS los recursos interpuestos por D^a. AB. T. A. , concejal del Excmo. Ayuntamiento de Alcázar de San Juan (Ciudad Real), contra los acuerdos de la Mesa de contratación de fecha 31 de enero y de 14 de febrero de 2014, así como frente a los acuerdos del Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Alcázar de San Juan de fechas 21 de febrero y de 12 de marzo de 2014, adoptados en el procedimiento de contratación 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 Alcázar de San Juan”*, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por parte del Ayuntamiento de Alcázar de San Juan se ha tramitado procedimiento para la adjudicación, mediante procedimiento abierto, del contrato de *“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 Alcázar de San Juan”*.

Segundo. Presentadas las ofertas, la apertura de los sobres conteniendo las proposiciones de los licitadores se llevó a cabo por la Mesa de contratación en sesión de 31 de enero de 2014.

A esta licitación concurren las empresas AQUALIA GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA, S.A. y TRATAMIENTO INDUSTRIAL DE AGUAS, S.A. (AQUALIA-TRAINASA), AQUONA y VALORINIMA, declarándose admitidas todas las empresas tras calificar la documentación general contenida en los sobres nº 1, con el voto en contra de la Sra. A. B. T. A., aquí recurrente y miembro entonces de la Mesa.

Conviene reseñar que las mercantiles AQUALIA GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA, S.A. y TRATAMIENTO INDUSTRIAL DE AGUAS, S.A., concurren conjuntamente, manifestando que, de conformidad con el artículo 57.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, en caso de resultar adjudicatarios se comprometen a agruparse y constituir una sociedad de capital, con carácter previo a la formalización del contrato, con un porcentaje de participación del 51% la primera y de un 49% la segunda.

Con anterioridad a la apertura de los sobres nº 2, la Sra. A. B. T. A. manifestó, según consta en el acta, que en el perfil de contratante se habían producido modificaciones de los pliegos, teniendo en cuenta lo cual, así como el haberse solicitado certificación de la Intervención sobre la deuda real de la Sociedad de Aguas sin haberse recibido, y por el hecho de haberse producido un reconocimiento extrajudicial de deudas a la Sociedad de Aguas, solicitaba la suspensión de la licitación por 15 días para que se aportasen esos certificados y para que las empresas pudieran saber las condiciones reales de la licitación y el volumen de deuda que existe. Esta propuesta resultó desestimada, procediéndose a la apertura pública del contenido de los sobres nº 2.

Tercero. Contra estos acuerdos de la Mesa la Sra. A. B. T. A. interpuso recurso mediante escrito presentado en oficina de Correos el 14 de febrero y que tiene entrada en el Registro de este Tribunal el día 19 de febrero de 2014.

En dicho recurso se manifiesta que lo impugnado son *“dos acuerdos de la Mesa de contratación de 31-1-14: uno, por el que se califican con error las plicas presentadas, admitiendo a licitadores que no acreditan la capacidad económica y solvencia técnica que exige la legislación de contratos y el propio pliego de cláusulas; y otro, por el que se deniega la petición de la empresa Gestagua y la de la Concejala recurrente de suspender o ampliar el plazo de licitación, habida cuenta de la falta de información de los licitadores*

y, sobre todo, a la vista del cambio de las "reglas del juego" o de los anexos del pliego unos días antes de finalizar el plazo de presentación de ofertas".

Con amparo en el artículo 40.2.b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP, en lo sucesivo), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, entiende que se trata de actos de trámite impugnables en esta vía por ocasionar indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

Se examina en el recurso la documentación presentada por los licitadores para acreditar su solvencia, así como la doctrina extraída de distintas resoluciones de este Tribunal y de otros órganos administrativos al respecto, para concluir que resultarían inadmisibles las tres proposiciones presentadas.

Junto a lo anterior, defiende la recurrente que se habría producido una ilegal modificación del contenido de los anexos al pliego en el momento final del proceso licitatorio dañando principios básicos de la contratación administrativa como son los de publicidad, concurrencia, igualdad y seguridad jurídica. En concreto, estima que se han alterado los pliegos de la licitación en la medida en que, aprobado el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) por el Pleno del Ayuntamiento, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia y en el perfil de contratante del Ayuntamiento, diversos licitadores se dirigieron al Ayuntamiento denunciando errores en el pliego, solicitando corrección o aclaraciones esenciales a la Mesa de contratación, siendo así que, según se afirma en el recurso, con fecha 14 de enero de 2014 se colgó en el perfil de contratante del Ayuntamiento una denominada "*Nota informativa aspectos técnicos*", lo que la recurrente estima que constituyó una auténtica modificación unilateral, sin procedimiento y sin la legal publicidad, de los datos de los anexos al pliego. Igualmente, con fecha 20 de enero de 2014, se publicó en el perfil del contratante una denominada "*Nota informativa aspectos económicos*", que merece idéntica calificación a juicio de la impugnante.

En razón de todo ello, se concluye interesando que se anulen los acuerdos de la Mesa de contratación recurridos o bien, subsidiariamente, que se retrotraigan las actuaciones. Asimismo, y de conformidad con el artículo 43.1 del TRLCSP, se interesa la suspensión del procedimiento.

Con posterioridad, la concejal recurrente formula escrito de ampliación del recurso, enviado por correo y con entrada en el Registro del Tribunal el 25 de febrero de 2014. Aquí se abunda en la procedencia de inadmitir la oferta presentada por AQUALIA GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA, S.A. y TRATAMIENTO INDUSTRIAL DE AGUAS, S.A. al amparo del artículo 57.2 del TRLCSP.

Cuarto. Retomando el íter de la tramitación del procedimiento, con fecha 14 de febrero de 2014 se celebra nueva sesión de la Mesa, donde se da cuenta del informe de valoración de las ofertas, redactado por asesor externo, procediéndose seguidamente al acto público de apertura de ofertas económicas (sobre nº 3). Tras la valoración de éstas, la Mesa, de conformidad con la cláusula 19 del PCAP, eleva al órgano de contratación propuesta de adjudicación a favor de los licitadores AQUALIA-TRAINASA, con una puntuación total de 96,57 puntos.

A la vista de dicha propuesta, el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Alcázar de San Juan, en sesión del día 21 de febrero de 2014, adoptó el acuerdo de admitir la propuesta de la Mesa de contratación, determinando como oferta nº 1 más ventajosa económicamente a AQUALIA SA-TRAINASA, requiriendo al licitador propuesto para que, dentro del plazo de diez días hábiles presentase la documentación prevista en el pliego.

Presentada la documentación requerida, así como copia simple de la escritura de constitución de Sociedad de Responsabilidad Limitada, denominada AQUALCAZAR S.L., el Pleno del Ayuntamiento de Alcázar de San Juan, en sesión del día 12 de marzo de 2014, adoptó, entre otros, los siguientes acuerdos:

“PRIMERO.- Adjudicar el contrato para la selección de un socio privado y la enajenación de acciones de la Sociedad Aguas de Alcázar, Empresa Municipal, SA a efectos de transformar la citada empresa en una sociedad de economía mixta para la gestión indirecta de los servicios vinculados al Ciclo Integral del Agua en el término municipal de Alcázar de San Juan, a la oferta económica más ventajosa número uno AQUALIA, SA y TRAINASA habiendo obtenido una puntuación de 96,57 puntos, por los siguientes conceptos: (...)

A su vez, se da cuenta del compromiso cumplido por AQUALIA, SA y TRAINASA de haberse constituido en una sociedad de Capital, de Responsabilidad Limitada denominada AQUALCÁZAR, SL.

(...)

TERCERO.- Se procederá a la formalización del contrato administrativo conforme a la cláusula nº 22 del Pliego, en el plazo de 10 días hábiles, contados desde el siguiente al de la notificación de la adjudicación, con el compromiso del candidato seleccionado para concurrir al otorgamiento de la escritura pública de la constitución de la nueva sociedad, y demás trámites establecidos en el Pliego. En todo caso, el Ayuntamiento y el adjudicatario procederán a constituir la Sociedad de Economía Mixta en el plazo máximo quince días hábiles desde la notificación del acuerdo de adjudicación, y a desembolsar el capital social en la parte que a cada uno corresponda. La constitución de la Sociedad y los Estatutos Sociales serán elevados a escritura pública e inscrita en el Registro Mercantil.

A tal efecto, el adjudicatario asumirá el compromiso de realizar, en coordinación el Excmo. Ayuntamiento de Alcázar de San Juan, todos los trámites necesarios para la efectiva constitución de la Sociedad y su posterior inscripción en el Registro Mercantil en el plazo legalmente establecido.

El abono del préstamo y el canon adelantado, deberá hacerse efectivo a la firma del contrato.

Cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiera procedido a efectuar los ingresos, se declarará resuelta la adjudicación, previa audiencia al interesado y con incautación de la fianza presentada, pasando la adjudicación al siguiente licitador de conformidad con el orden establecido.

La Sociedad de Economía Mixta iniciará su actividad prestacional del servicio transcurrido un mes desde su constitución”.

A lo anterior se suma la aprobación definitiva de los nuevos estatutos de la Sociedad Mixta, Sociedad Anónima Aguas de Alcázar.

Como consecuencia de dicho acuerdo, con fecha 20 de marzo de 2014 se ha formalizado “*contrato administrativo de compromiso*” celebrado entre el Ayuntamiento de Alcázar de San Juan, y AQUALCAZAR, S.L. Consta como anexo a este contrato, entre otros documentos, la escritura de constitución de esta sociedad, con un capital de 3.000 euros.

Quinto. Mediante escrito presentado en oficina de Correos el 28 de febrero de 2014 y con entrada en el Registro de este Tribunal el siguiente 4 de marzo, la Sra. Tejado Alberca interpone nuevo recurso especial en materia de contratación, ahora frente a los acuerdos de la Mesa de contratación adoptados en la sesión de fecha 14 de febrero, así como frente al acuerdo plenario de 21 de febrero de 2014.

Se manifiesta impugnar “*un acuerdo de la Mesa de contratación que admite ofertas y hace propuesta de adjudicación sin haber comprobado, como exige el pliego, la verosimilitud de las ofertas, si se establece o no la total amortización de las obras de inversión y la viabilidad de las ofertas, en virtud de unos informes técnicos que exige el pliego y no se han producido*”. Asimismo, se impugna el acuerdo plenario en cuanto aprueba el informe de la Mesa de contratación.

Estima aquí la recurrente que “*la mesa de contratación y el pleno aprobando su propuesta, violan gravemente el pliego en cuanto no han tenido en cuenta ni informado técnicamente la documentación obrante en el sobre 3 que trata de que se compruebe la viabilidad y seriedad de la oferta*”.

Se afirma, en tal sentido, que el pliego requiere que después de valorar las ofertas, se comprueben sus aspectos económicos y financieros, mediante informe de los servicios técnicos y económicos del Ayuntamiento, excluyendo las que no cumplan, lo que no se ha hecho, dado que la Mesa, nada más evaluar aritméticamente los criterios evaluables mediante fórmulas, dio por terminado el acto y formuló propuesta de adjudicación omitiendo el análisis y estudio del resto de la documentación acompañada por los licitadores en el sobre 3.

Sexto. Posteriormente, tiene entrada el 21 de marzo de 2014 en el Registro del Tribunal nuevo recurso, dirigido ahora por la Concejal frente al acuerdo plenario de 12 de marzo

de 2014, en el que se procede ya a la adjudicación, como previamente ha quedado recogido.

Los motivos de este recurso pueden resumirse como sigue:

1º.- Fraude de ley y vulneración de los principios de igualdad y legalidad en la contratación al incumplir el órgano de contratación las exigencias de la ley y del pliego en cuanto a requisitos para concurrir a la licitación y admisibilidad de licitadores. En este punto la recurrente se remite y da por reproducido el contenido de su primer recurso, indicando que las mercantiles AQUALIA y TRAINASA licitaron conjuntamente, pero no como UTE, sino al amparo del artículo 57.2 del TRLCSP, comprometiéndose, en caso de ser adjudicatarios a agruparse y constituir una nueva sociedad de capital.

Estima la recurrente que el artículo 57.2 del TRLCSP sólo es aplicable al contrato de concesión de obra pública, por lo que la posibilidad que ofrece es inadmisibile en este supuesto, estimando además que la ley exige que aunque se prevea que prestará el servicio una futura sociedad, las características esenciales de ésta deben estar obligatoriamente en los pliegos y se le deben comunicar a la Administración y ésta aceptarlas, circunstancia que en este caso no se ha producido.

2º.- Ilegalidad de la modificación del contenido de los anexos al pliego. Aquí de nuevo se hace remisión a las alegaciones del primer recurso presentado frente a los acuerdos de la Mesa de 31 de enero de 2014.

3º.- Incumplimiento de los acuerdos de la Mesa de contratación y de la legislación aplicable en cuanto a técnicos encargados de valorar las ofertas. Aduce en este punto que la Mesa de contratación acordó que las proposiciones fueran valoradas conjuntamente por un técnico municipal y por un asesor externo, siendo así que en el momento de efectuar la valoración de las ofertas el técnico municipal se encontraba de baja, por lo que se decidió que el informe se realizase exclusivamente por la asesoría externa. Ante tal circunstancia, la recurrente manifiesta que dado que el Ayuntamiento cuenta con otros profesionales, debió acudir al informe de técnicos municipales en lugar de encargarlo a un técnico externo. Critica igualmente que se aprobase el informe

del técnico externo, sin razonamiento o juicio alguno de la Mesa de contratación o del Pleno del Ayuntamiento.

4º.- Se valoran obligaciones "*intuitu personae*" a pesar de que se concursó conforme al artículo 57.2 para "*ceder*" a un tercero el contrato y, por tanto, las obligaciones asumidas, lo que no resulta posible.

5º.- Ilegalidad de una adjudicación mancomunada, apreciando la recurrente que se ha adjudicado a las dos empresas mencionadas sin precisar si se trata de una adjudicación mancomunada o solidaria, e indicando en tal sentido que en el régimen del TRLCSP sólo pueden contratar con la Administración una persona física, una persona jurídica o varias empresas en UTE, no siendo conforme con nuestro derecho una pluralidad de contratistas, a excepción de las UTE. Añade que, siendo en nuestro derecho la mancomunidad la regla y la solidaridad la excepción, parece que estamos ante una adjudicación mancomunada, ante lo cual se pregunta en qué modo se acometerán los compromisos personalísimos ofertados.

6º.- Ilegalidad de la pretensión de cesión del contrato a la sociedad que se debe constituir.

Por todos los motivos expresados, se interesa la anulación de los acuerdos recurridos así como la suspensión del procedimiento y, por último, la acumulación de los tres recursos interpuestos.

Séptimo. El órgano de contratación ha evacuado sucesivamente informe sobre cada uno de los distintos recursos, conforme a lo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP.

En cuanto al primero de los recursos, se considera, en primer lugar, que no cabe la interposición de recurso especial respecto del contrato que nos ocupa, toda vez que, tratándose de una de las modalidades de contrato de gestión de los servicios públicos prevista en el artículo 277. d) del TRLCSP, no se cumple lo establecido en el artículo 40.1 c) del TRLCSP, conforme al cual podrá interponerse este recurso con carácter potestativo para aquellos 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.

Para apoyar esta afirmación se refiere a la doctrina de este Tribunal acerca del concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento, referido al importe previsto de los gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato deba asumir para la puesta en marcha del servicio.

Entiende en tal sentido el Ayuntamiento que no se trata en este caso de la creación "*ex novo*" de una sociedad de economía mixta, sino que se trata de una ampliación de capital de una sociedad ya existente, sin que se condicione, en ningún momento, dicha transformación a la ejecución de determinadas obras o a la realización de determinada inversión. Se concluye por ello en la inexistencia de gastos de primer establecimiento en el expediente de contratación.

Adicionalmente, se indica que, recurriéndose tanto los acuerdos adoptados en la Mesa de Contratación de 31 de enero de 2014 como la información adicional a los licitadores expuesta al público en el perfil del contratante desde el 20 de enero de 2014, en virtud de lo dispuesto en el artículo 158 del TRLCSP, respecto de este segundo aspecto el recurso sería extemporáneo por haber transcurrido más de quince días hábiles entre la publicación referida y la interposición del recurso.

Al margen de tales óbices formales, en el informe se exponen las razones que esgrime el órgano de contratación cuestionando las apreciaciones del recurso acerca de la solvencia de los licitadores, que entiende concurrente en este caso, así como de la información adicional ofrecida a éstos, estimando que en este aspecto se ha dado cumplimiento, en todo momento, a los principios básicos de publicidad, concurrencia, igualdad y transparencia, y señalando que en ningún caso puede verse alterado un pliego de cláusulas administrativas con la información facilitada.

En segundo lugar, y en relación con el recurso interpuesto frente a la propuesta de adjudicación, se ha evacuado, asimismo, informe con fecha 6 de marzo de 2014 en el que se insiste en la improcedencia del recurso especial en este contrato y se defiende la corrección de la actuación de la Mesa y del Pleno conforme a lo previsto en el PCAP, así como no ser preceptivo para la valoración económica solicitar informes técnicos. Se opone asimismo a la suspensión del procedimiento.

Por último, en lo que se refiere al recurso entablado contra la adjudicación, en informe de fecha 28 de marzo de 2014, aparte de abundar en las consideraciones de los previos informes, se cuestionan las afirmaciones vertidas por la recurrente, manifestando que la legalidad de la adjudicación conjunta efectuada tiene apoyo en lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 31/2007, así como que la solvencia queda en este caso acreditada a través de medios de terceros, conforme al artículo 63 del TRLCSP.

Se añade, en referencia a la Mesa de contratación celebrada el día 14 de febrero de 2014, que la emisión de informes técnicos tiene carácter potestativo, habiendo sido designado de forma definitiva un técnico externo al no contar con personal técnico municipal especializado, a la vista de la complejidad del expediente.

Se niega que se hayan valorado obligaciones *“intuitu personae”*, habiendo concurrido los licitadores conforme al artículo 57.2 del TRLCSP sin que se haya cedido el contrato a un tercero. En cuanto a los compromisos adquiridos en la oferta, se apunta que *“deberá darse cumplimiento por el socio privado que, a cuyos efectos deberá formalizar los instrumentos jurídicos que correspondan en el marco de la legislación mercantil, laboral, fiscal y demás normas de aplicación con las empresas a las que está unido por vínculos directos, es decir el socio privado AQUALCAZAR, S.L., con sus socios AQUALIA Y TRAINASA”*.

En razón de todo ello se interesa se dicte resolución administrativa favorable al Excmo. Ayuntamiento de Alcázar de San Juan y se levante la medida cautelar de suspensión de la tramitación del expediente de contratación.

Octavo. En relación con el recurso interpuesto frente a la adjudicación, la Sra. A. B. T. A. ha remitido nuevo escrito, con entrada en el Registro de este Tribunal el día 28 de marzo de 2014, en el que viene a ampliar las alegaciones del recurso interpuesto frente a la adjudicación.

En concreto, se aduce aquí:

1º.- Falta de motivación y de concreciones esenciales en el acuerdo de adjudicación impugnado. Se alega en este sentido que el acuerdo sólo detalla los puntos que tiene cada licitador, pero no se justifica la elección de la oferta.

2º.- Que el Pleno en su adjudicación ha infringido el pliego en cuanto no ha tenido en cuenta ni informado técnicamente la documentación obrante en el sobre 3 que trata de que se compruebe la viabilidad y seriedad de las ofertas.

3º.- Infracción del artículo 156.3 del TRLCSP al haberse formalizado el contrato con anterioridad al plazo de 15 días hábiles desde la notificación a los licitadores señalado en el mismo.

Cuestiona asimismo que la formalización del contrato se haya efectuado con persona distinta a los adjudicatarios, abundando en las consideraciones sobre su falta de solvencia. Asimismo, aduce que la garantía definitiva se ha prestado en favor de las adjudicatarias y no de la sociedad que ha contratado.

4º.- Se denuncia, por último, infracción de normas laborales como consecuencia del contrato.

Sobre esta ampliación ha evacuado asimismo informe el órgano de contratación con fecha 4 de abril de 2014.

Allí se reiteran sus alegaciones acerca de la procedencia de la inadmisión del recurso por no resultar procedente en este contrato. Añade ahora a las consideraciones anteriormente expuestas que a la vista de la oferta económica del adjudicatario así como de la proyección de la sociedad de economía mixta, tan sólo se comprueba la existencia de inversiones proyectadas a lo largo de los veinticinco años en concepto de mejoras, sufragadas no por el adjudicatario sino por la nueva sociedad de economía mixta. Tan sólo consta en dicha oferta por cuenta del adjudicatario la proyección de las inversiones en mejoras con carácter lineal valoradas en 180.000 euros cada año. En todo caso, a la vista de la citada oferta se podrían considerar como gastos de establecimiento, que la empresa mixta debería sufragar y no el adjudicatario, la cuantía de 63.968 euros en equipamientos.

Considera que el acuerdo de adjudicación está suficientemente motivado y se insiste en que la actuación de la Mesa de contratación al valorar las ofertas cumplió con lo establecido en el PCAP.

Se manifiesta, asimismo, que el Ayuntamiento no ha infringido lo establecido en los artículos 156.3 y 45 del TRLCSP ni los derechos de los licitadores, puntualizando que la recurrente interpuso el recurso especial el 21 de marzo de 2014, y fue comunicado al Ayuntamiento el día 26 de marzo.

Se añade que, si bien es cierto que se ha formalizado un acuerdo entre las partes, no se trata de un contrato de concesión a la vista de la forma de gestión, siendo tan solo el otorgamiento de escritura y posterior inscripción en el Registro Mercantil lo que transforma a la sociedad actual en una de economía mixta.

Defiende la corrección de la adjudicación a la unión de empresarios con el compromiso de constituir una sociedad de capital, citando el artículo 11.2 de la Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales así como el artículo 22 de la Ley 31/2007.

A juicio del órgano de contratación, en ningún momento, se han infringido los artículos 95 y 151 del TRLCSP, ya que en cumplimiento de la cláusula 13 del PCAP se ha depositado la garantía definitiva de forma solidaria y conjunta por las adjudicatarias.

Por último, se niega que se venda la sociedad o que se infrinjan las normas sociales y los derechos de los trabajadores.

A todo lo anterior se añade, con alegación de haberse vulnerado el art. 43.3 del TRLCSP, la petición de que se imponga a la recurrente caución o garantía suficiente para responder de los posibles perjuicios de cualquier naturaleza que se derivasen de la adopción de medidas provisionales consistentes en la paralización del correspondiente contrato.

Se solicita, por todo ello, que se inadmita o desestime el recurso procediendo a levantar la medida cautelar de suspensión de la tramitación del expediente de contratación.

Noveno. La Secretaría del Tribunal ha dado traslado sucesivo de los recursos interpuestos al resto de licitadores en fechas 17 y 26 de marzo, otorgándoles un plazo de

cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularsen las alegaciones que a su derecho conviniesen.

Han evacuado alegaciones respecto del recurso nº 180/2014 las mercantiles adjudicatarias, AQUALIA y TRAINASA, defendiendo la improcedencia del recurso especial en materia de contratación en este caso, la inadmisibilidad del mismo al tratarse de un acto de trámite, así como el haber dado cumplimiento a las obligaciones recogidas en el pliego. Se cuestiona, asimismo, la procedencia de la suspensión del procedimiento.

Asimismo, dichas adjudicatarias han alegado oponiéndose al recurso nº 221/2014, aduciendo, aparte de lo anteriormente indicado, que el artículo 57.2 del TRLCSP es de aplicación general vista su ubicación sistemática, que debe apreciarse la solvencia de la sociedad que han constituido atendiendo a lo dispuesto en el artículo 63 del TRLCSP, que no existió modificación de los pliegos y que, no impugnados en su día, no pueden ser cuestionados ahora. Asimismo, se defiende la necesidad del informe técnico externo emitido y la inexistencia de cesión de contrato ni de adjudicación mancomunada.

En última instancia, los adjudicatarios han presentado alegaciones al escrito de ampliación del recurso dirigido frente a la adjudicación, ofreciendo los siguientes argumentos en impugnación del mismo:

1º.- Inexistencia del trámite de ampliación del recurso e inadecuación del recurso especial en materia de contratación para la impugnación de los actos de la firma del contrato.

2º.- Inadmisibilidad del recurso especial en materia de contratación. Aquí se insiste en las alegaciones previamente presentadas, en lo que se abunda apuntando que la inexistencia de gastos de primer establecimiento superiores a 500.000 euros se deduce de la oferta presentada por AQUALIA y TRAINASA en la que se incluyen inversiones futuras y que derivan del funcionamiento del servicio así como gastos de explotación futuros, que son conceptos que tienen que ser excluidos del concepto de gastos de primer establecimiento.

3º.- Falta de legitimación de la recurrente en cuanto a la notificación de la adjudicación y los defectos en los actos posteriores, debido a que estos trámites llevados a cabo por el Ayuntamiento no dañan sus intereses legítimos. Se cita a este respecto la Resolución

57/2013 de este Tribunal que recoge la falta de legitimación de los partidos políticos cuando sus intereses legítimos no se ven vulnerados.

4º.- La notificación de la adjudicación cumple estrictamente los requisitos del artículo 151.4 del TRLCSP, incluyendo los datos requeridos y la motivación exigida, constituida por el informe de valoración de las ofertas que está publicado en el perfil del contratante.

5º.- Se concluye de la lectura de la Ley y del Pliego que la decisión de solicitar informes técnicos por parte del órgano de contratación es potestativa.

6º.- Se manifiesta que los actos que pueden ser objeto del recurso especial en materia de contratación se regulan en el artículo 40.2 del TRLCSP, sin que se incluyan entre los actos objeto de este tipo de recurso los actos realizados por la Administración y el adjudicatario resultantes de la adjudicación del contrato, por lo que el recurso elegido para la impugnación de estos actos no es el correcto, debiendo ser desestimado.

A esto se añade, en cuanto al documento suscrito, que el mismo contiene un compromiso para la firma del contrato administrativo que se perfeccionará cuando se celebre el acto de ampliación de capital por medio de escritura pública, acto que hasta la fecha no ha sido celebrado por las adjudicatarias. Para los adjudicatarios, la firma del mismo se ajusta a lo previsto en el Pliego.

Se precisa que la interposición del recurso especial en materia de contratación fue en fecha 21 de marzo de 2014, al día siguiente de la firma del acuerdo, siendo acordada y notificada la suspensión del procedimiento por parte del Tribunal a la Administración con posterioridad a la interposición del recurso, por lo que la actuación del Ayuntamiento es correcta, procediendo a la suspensión de la tramitación del expediente de contratación desde el momento que fue recibida la notificación.

7º.- En cuanto a la constitución de la nueva sociedad y formalización del contrato con la misma, se apunta que las licitadoras se presentaron al concurso con el compromiso de constituir una sociedad de carácter mercantil, tal y como admite el artículo 57.3 del TRLCSP, estableciéndose la posibilidad de extenderse esta forma jurídica a los contratos recogidos en esta Ley, tal y como recoge el Informe de la JCCA 56/97 de 2 de Marzo de 1998.

Además, dado que las adjudicatarias han sido Aqualia y Trainasa, dando debido cumplimiento al TRLCSP, la garantía se ha constituido conjunta y solidariamente a favor de estas dos entidades por la cuantía exigida.

8º.- Por lo que respecta a la alegada infracción de las normas de los trabajadores, señalan que ya la propia recurrente alega que las incidencias de tipo laboral resultantes de este contrato no son competencia de este Tribunal, aparte de aclarar algún extremo sobre este particular.

Adjuntan a este escrito un documento privado que aparece fechado el 27 de febrero de 2014 en el que se comprometen a poner a disposición de la sociedad a constituir su solvencia económica y técnica.

Décimo. Con fecha 26 de marzo de 2014 la Secretaría de este Tribunal dictó Resolución en los Recursos nº 180 y 221/2014 por la que se acordaba mantener la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 46.3 del TRLCSP.

Debe puntualizarse aquí, a la vista de lo aducido en el último de los informes remitidos por el órgano de contratación, en el que se invoca el artículo 43.3 del TRLCSP, que la suspensión se produjo en su momento automáticamente por mandato del artículo 45 del TRLCSP.

Conviene precisar, por último, que la interposición del recurso frente a la adjudicación se comunica al órgano de contratación el 25 de marzo de 2014, mientras que el acuerdo sobre mantenimiento de la suspensión del procedimiento se comunica al mismo el 26 de marzo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común, se ha acordado por el Tribunal la acumulación de los recursos referidos en los antecedentes de hecho, al existir entre ellos identidad sustancial e íntima

conexión, dirigiéndose frente a acuerdos recaídos en el seno de un mismo procedimiento de licitación, con fundamento en argumentos sustancialmente relacionados entre sí.

Segundo. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer los presentes recursos especiales en materia de contratación a tenor de lo establecido en el artículo 41, apartados 3 y 4, del 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.

Tercero. Por lo que se refiere a la legitimación de la Sra. A. B. T. A., Concejala del Ayuntamiento, hemos de remitirnos a lo ya razonado por este Tribunal, entre otras, en la Resolución nº 57/2013.

Tal y como entonces se indicaba, el artículo 63.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL) 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 LBRL 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 artículo 63 de la LRBRL y la doctrina citada amparan la legitimación de la concejal recurrente para interponer los recursos a que se refiere esta Resolución, pues el artículo 63 no distingue ni limita el cauce de impugnación.

Esta legitimación, por lo demás, no se ve desvirtuada por lo alegado por las adjudicatarias en sus alegaciones a la ampliación del recurso, toda vez que el supuesto a que aluden no es el que aquí contemplamos.

Cuarto. Llegados a este punto, hemos de abordar el análisis del contrato a que se refieren los distintos recursos a los efectos de determinar si resulta legalmente viable este recurso especial, en la línea de lo planteado en los informes municipales y alegaciones de los adjudicatarios.

La primera cuestión a examinar aquí ha de ser la relativa a la naturaleza del contrato, lo que nos permitirá, en un primer estadio, determinar si, en términos generales, los acuerdos adoptados en el procedimiento de licitación son susceptibles de ser impugnados en esta vía. De ser positiva la respuesta, el segundo paso sería ya el estudio de la recurribilidad de los distintos acuerdos impugnados.

Comenzando pues por el análisis de la naturaleza del contrato, cuestión de indudable trascendencia práctica no sólo a efectos de la admisibilidad de los recursos sino del examen de las cuestiones en ellos planteadas, la lectura de los pliegos permite advertir 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 resulta, como decimos, del clausulado de los pliegos. En primer lugar, el PCAP rector de la licitación 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 y sus pedanías. Dicha sociedad de economía mixta gestionará, en el término municipal de Alcázar de San Juan, las infraestructuras descritas en el Anexo VI, en el que se incluyen el abastecimiento, tratamiento y distribución de agua potable, así como el alcantarillado y la depuración de las aguas residuales. La cláusula 2, por su parte, expresa, entre otras consideraciones, 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 artículo 182 del reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP) en concordancia con los artículos 114 a 137 del RSCL”*.

Insiste en esta línea la cláusula 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), 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 las cláusulas 1 y 8 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% 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 PPT, referida a la titularidad del servicio, donde tras indicar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 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, en la cláusula 11 del PCAP se detalla el contenido de las obligaciones económicas que surgen del contrato, y en la misma se comienza precisando que: *“El precio del contrato es la retribución que percibirá el contratista durante la ejecución del contrato, motivada por el derecho a explotar el servicio público durante la duración de la sociedad de economía mixta”.*

Se trata pues no ya simplemente de un procedimiento de licitación dirigido a la enajenación de parte de las acciones de la Sociedad Municipal (mediante una ampliación de capital) sino de un proceso más 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 artículo 277.d) del TRLCSP. Así, después de indicar en su artículo 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 artículo 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”*.

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.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia declara:

“Los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE no se oponen a que se adjudique directamente un servicio público que exija la realización previa de ciertas obras –como el que se examina en el litigio principal– a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada para prestar dicho servicio y con este único objeto social, y en la que el socio privado sea seleccionado mediante licitación pública, previa verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse, a condición de que dicho procedimiento de licitación respete los principios de libre competencia, de transparencia y de igualdad de trato impuestos por el Tratado en materia de concesiones”.

Atendiendo a cuanto se viene exponiendo, fácilmente puede advertirse que 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 concurra 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”.

Llegados a este punto, son dos las consideraciones a realizar: de una parte, que el procedimiento de licitación seguido por el Ayuntamiento se ajusta en sus líneas generales a este planteamiento, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, habiéndose seguido un procedimiento competitivo en el que se han fijado los términos para la selección del socio privado en atención a su aptitud para contribuir a la gestión del servicio; y, en segundo lugar, y dando respuesta al interrogante que nos planteábamos al comienzo, que el contrato adjudicado debe calificarse como de gestión de servicio público.

Esta conclusión en torno a la naturaleza del contrato se alcanza atendiendo a la finalidad última del procedimiento, en los términos en que venimos insistiendo, teniendo presente 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.

Así lo dispone con toda claridad el artículo 182 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (R.D. 1098/2001, de 12 de octubre de 2001): *“En los contratos de gestión de servicios públicos la sociedad de economía mixta figurará como contratante con la Administración, correspondiéndole los derechos y obligaciones propios del concesionario de servicios públicos”.*

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.

Entiende este Tribunal que 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. Todo ello en términos generales y sin perjuicio de lo que se expondrá al examinar la configuración del supuesto concreto que nos ocupa.

Quinto. Despejado lo anterior, podemos abordar ya la cuestión relativa a la procedencia del recurso especial respecto de los actos del procedimiento de licitación que nos ocupa. En este sentido, tratándose de acuerdos de la mesa de contratación y del órgano de contratación adoptados en la licitación de un contrato de gestión de servicio público a través de la constitución (mediante la selección de socio privado para la sociedad hasta ahora municipal gestora del servicio) de una sociedad de economía mixta (art. 277.d) del TRLCSP), habremos de estar a lo previsto en el artículo 40.1.c) del TRLCSP, que señala



que serán susceptibles de este recurso especial en materia de contratación los actos del artículo 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 500.00 euros, IVA excluido, y que el plazo de duración del contrato sea superior a cinco años.

En nuestro caso se advierte con facilidad que se cumple el requisito de plazo, puesto que conforme a la cláusula 7 del PCAP el contrato tendrá una duración, improrrogable, de veinticinco años, contados desde la fecha de inscripción en el Registro Mercantil de los Estatutos de la Sociedad de Economía Mixta creada.

Habremos de centrarnos pues en el análisis del requisito relativo al presupuesto de gastos de primer establecimiento, concepto al que nos referíamos extensamente en la Resolución nº 43/2013 de este Tribunal, citada por otras posteriores como la nº 203/2013. En dicha resolución se acudía 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 en el Boletín Oficial del Estado o en los respectivos Diarios o Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas o de las Provincias, 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. Decíamos entonces a la vista de ello que no puede dejar de notarse que, 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.

Hacíamos referencia, asimismo, al artículo 172.b), que 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". Observábamos como la alusión a que el presupuesto "se prevea" abunda en la idea de que aquél se contrae a gastos futuros, aún no asumidos.

Desde esta perspectiva, concluíamos 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 PCAP ni en el PPT, 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 11 y 12 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 de 500.000 euros. A ello se suma la



obligación que se impone en la cláusula 12.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.

Se refiere a estas inversiones la cláusula 17 del PPT, indicando que *“la Sociedad de Economía Mixta deberá ejecutar, según las condiciones establecidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, las obras de mejora previstas en las inversiones comprometidas por el Socio Privado en su oferta y otras que fueren necesarias para una correcta prestación del servicio. Las obras correspondientes a mantenimiento y reposición de las infraestructuras de abastecimiento y saneamiento, serán como mínimo las contempladas en el Plan de Inversiones como obligatorias o cantidad superior ofertada por el Socio Privado de acuerdo al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (...)”*.

En relación con la cifra del presupuesto de gastos de primer establecimiento, las empresas adjudicatarias, en su escrito de alegaciones de 8 de abril relativo a la ampliación del recurso frente a la adjudicación, aluden a las inversiones a realizar en el primer año de inicio de la prestación del servicio, en concreto a las *“Inversiones en medios materiales”* por importe de 609.043 euros, en el primer año de prestación del servicio, de cuyo desglose extraen que las inversiones que denominan de establecimiento alcanzan exclusivamente un importe de 63.968 euros, siendo el resto de inversiones en mejoras de equipamientos ya existentes.

Manifiestan por ello que, haciendo una interpretación amplia del concepto de gastos de primer establecimiento, las inversiones que se podrían incluir en este concepto y según la oferta de las adjudicatarias, ascenderían a la cifra de 63.968 euros, o, todo lo más, a 396.722 euros, cifra correspondiente a todas las inversiones en medios materiales del año 1 de la prestación del servicio.

Al respecto, hemos de indicar por nuestra parte que, aparte de tratarse de los gastos presupuestados en la oferta, debiendo estarse aquí a lo exigido por el Pliego, donde como hemos visto se establece la necesidad de afrontar unos importes muy superiores a los 500.000 euros, lo cierto resulta ser que esta alegación no viene sino a confirmar tal circunstancia, pues, incluso omitiendo toda referencia al canon requerido y al hecho de que las inversiones totales exigidas por el Pliego no se circunscriben al primer año, se ponen de relieve gastos a afrontar ya el primer año por encima de dicha cifra, sin que pueda verse reducido el importe a considerar en los términos defendidos por las adjudicatarias.

Debe concluirse, por tanto, que en este caso concurre asimismo el requisito de existir un presupuesto de gastos de primer establecimiento superior a los 500.00 euros, IVA excluido, con lo que resulta procedente el recurso especial en materia de contratación. En coherencia con ello, el PCAP hace referencia, al tratar de los recursos en su cláusula 10, a los artículos 40 y concordantes del TRLCSP, donde se regula el recurso especial en materia de contratación.

Sexto. Llegados a este punto, hemos de descender ya al concreto examen de la admisibilidad de los distintos recursos interpuestos y que se han acumulado a efectos de su resolución, comenzando por el entablado frente a los acuerdos de la Mesa de contratación de 31 de enero de 2014 (recurso nº 137/2014).

En este caso se advierte como la interposición del recurso se ha producido más allá del plazo legal del artículo 44.2 del TRLCSP, al haber transcurrido más de 15 días hábiles entre la fecha del acto impugnado y la de presentación del recurso. Debe precisarse aquí que, siendo la recurrente miembro de la Mesa de contratación cuyos acuerdos impugna, debe estarse a la fecha de la sesión de la misma, 31 de enero de 2014, como *dies a quo* para el cómputo, y, en cuanto al *dies ad quem*, a la vista de lo dispuesto en el artículo 44.3 del TRLCSP, no es eficaz en este ámbito la presentación del escrito en oficina de Correos, con lo que no puede tenerse por interpuesto el recurso sino en la fecha en que tiene entrada en el registro de este Tribunal, el día 19 de febrero de 2014, transcurriendo entre ambas fechas 16 días hábiles, con lo que el recurso resulta extemporáneo.

En consecuencia, este Tribunal entiende que procede declarar la inadmisión de este primer recurso.

Séptimo. Por lo que hace al recurso nº 180/2014, interpuesto frente a los acuerdos de la Mesa de contratación de 14 de febrero de 2014 y del Pleno de fecha 21 de febrero de 2014, relativos a la elevación de propuesta de adjudicación y aceptación por el órgano de contratación como oferta económicamente más ventajosa la de AQUALIA-TRAINASA, requiriendo la aportación de la documentación precisa para proceder posteriormente a la adjudicación, estimamos que el mismo debe resultar igualmente inadmitido, en este caso, en la medida en que se impugna un acto de trámite que no puede ser objeto de este recurso especial.

En concreto, el artículo 40.2.b) del TRLCSP admite la posibilidad de que los actos de trámite sean objeto de recurso especial en materia de contratación en los casos en que: 1) decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación; 2) determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento; o 3) produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. El precepto añade que se consideran actos de trámite que impiden la continuación del procedimiento los actos de la Mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

Si examinamos desde tal perspectiva los acuerdos que son objeto de dicho recurso, debe estimarse que se trata de un acto de trámite no cualificado y por ende no impugnabile en esta vía, en la medida en que se trata de una mera propuesta de adjudicación en atención al orden en que han quedado clasificadas las ofertas. Así lo ha señalado ya este Tribunal para supuestos análogos, como, por ejemplo, en la Resolución nº 121/2013, referida al acuerdo de propuesta de la Mesa de contratación. Asimismo, se llega a la misma conclusión en la Resolución nº 2/2014, bajo las siguientes consideraciones:

“El trámite impugnado en el presente recurso, es decir, la clasificación de las ofertas, no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, ya que ésta se acordará posteriormente; no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, pues la oferta de la recurrente no han sido descartada y nada impide que resulte adjudicataria cuando se resuelva la adjudicación; y no produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos porque la recurrente podría recurrir la adjudicación, como

así ha sido. No se trata, por tanto, de un acto de trámite cualificado, y por tanto, no es susceptible de recurso conforme al artículo 40, 2.b) y 3 del TRLCSP”.

También se inadmiten los recursos frente a este tipo de acuerdos en las Resoluciones nº 234/2013 y 429/2013.

En consecuencia, el Tribunal entiende que procede, asimismo, declarar la inadmisión del presente recurso al no interponerse frente a uno de los actos de trámite cualificados a que se refiere el artículo 40.2.b) del TRLCSP.

Octavo. Resta pues por analizar el recurso interpuesto frente al acuerdo plenario de adjudicación del contrato (recurso nº 221/2014). Aquí sí que estimamos cumplidos los requisitos legales condicionantes de la admisibilidad del recurso, en la medida en que se ha formulado el mismo (y su ampliación) dentro del plazo de los quince días hábiles siguientes a la adopción de dicho acuerdo de adjudicación, que es susceptible de este recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 40.2.c) del TRLCSP.

Habremos de centrarnos a continuación, por tanto, en el examen de los motivos de impugnación articulados en el recurso interpuesto frente a la adjudicación, comenzando por el relativo a la falta de capacidad y solvencia de las dos empresas que, agrupadamente, han resultado adjudicatarias.

Sobre esta cuestión, la recurrente alega (motivos primero, cuarto, quinto y sexto de su recurso inicial, que han quedado expuestos en el sexto de los antecedentes de hecho de esta resolución), que no resulta legalmente admisible la adjudicación conjuntamente realizada a favor de AQUALIA GESTIÓN DEL AGUA, S.A. y TRATAMIENTO INDUSTRIAL DE AGUAS, S.A. (AQUALIA-TRAINASA), estimando que el artículo 57.2 del TRLCSP no es aplicable al contrato que nos ocupa, que no resulta posible una adjudicación mancomunada, y que sólo resultaría posible esa concurrencia conjunta bajo la forma de UTE, añadiendo a ello que la sociedad que crearán dichos adjudicatarios carecería de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos por el pliego, y no podría asumir ni las obligaciones impuestas ni los compromisos asumidos por los licitadores con carácter "*intuitu personae*", no siendo posible tampoco la cesión del contrato a su favor.



A la vista de estas alegaciones, habremos de analizar si en el procedimiento de licitación que nos ocupa resulta viable la adjudicación a dos empresas que concurren de forma conjunta sin compromiso de constituirse en unión de empresarios. Esta posibilidad se contempla en la cláusula 9 del PCAP, al referirse a la capacidad de los licitadores y, más en concreto, a la posibilidad de concurrir integrados en una unión temporal. Se indica allí de forma literal, adicionalmente al régimen general de esta figura, que: *“Asimismo, podrán presentarse a la licitación Uniones de Empresarios con el compromiso de constituir, en caso de que les sea adjudicado el contrato, una sociedad de capital, una vez creada, pasará a ser el socio privado del Ayuntamiento en la Sociedad de Economía Mixta”*.

De entrada, cabe apuntar que de lo dispuesto en los artículos 54, 57 y 59 del TRLCSP resulta con claridad que gozan de aptitud para contratar con el sector público, exclusivamente, las personas naturales y jurídicas (que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en causa de prohibición para contratar y acrediten su solvencia), así como las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, en los términos del artículo 59. Lógico corolario de lo anterior es que los licitadores que concurren a un procedimiento de adjudicación para la celebración de un contrato habrán de ser igualmente personas físicas o jurídicas que concurren por sí mismas o, en otro caso, hacerlo bajo el compromiso de constituirse formalmente en UTE caso de resultar adjudicatarios. No cabe pensar en principio, por el contrario, en que personas físicas o jurídicas puedan concurrir a una licitación conjuntamente bajo otro tipo de fórmulas jurídicas, ya sea como comunidad de bienes u otra cualquiera fórmula asociativa, ni tampoco bajo la consideración de que la proposición se realiza en la licitación con el objeto de que el contrato sea formalizado en su día con una persona jurídica distinta a aquélla o aquéllas que concurren. Tan sólo aparece prevista esta última posibilidad, de modo excepcional, en el segundo apartado del artículo 57 del TRLCSP, donde se dispone que quienes concurren individual o conjuntamente con otros a la licitación de una concesión de obras públicas, podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión.

La doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa apunta en el sentido indicado, señalando en su Informe 12/03, de 23 de julio de 2003 que la legislación de contratación pública *“limita la posibilidad de contratar a las personas naturales o jurídicas*

y únicamente la legislación de contratos de las Administraciones Públicas admite la excepción de las uniones temporales de empresas". Asimismo, en el Informe 32/98, de 30 de junio de 1998, se afirma que "no existe la posibilidad de que varias personas puedan contratar conjuntamente con un ente del sector público sin que hayan constituido una unión temporal de empresarios que deberá formalizarse con posterioridad a la adjudicación".

Por lo demás, el informe 56/1997 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa a que aluden las alegaciones de los adjudicatarios, lejos de apoyar sus alegaciones sobre este particular, en realidad lo que concluye es que los licitadores pueden concurrir a la contratación en unión temporal de empresarios cumpliendo los requisitos previstos en la normativa reguladora de la contratación pública, lo que claramente no es nuestro caso, como venimos razonando.

No resulta aplicable a este contrato ni la Directiva que cita en su último informe el órgano de contratación ni el artículo 22 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, toda vez que el presente contrato no tiene encaje en el ámbito de aplicación de dichas normas (véanse los arts. 1 y 3.1 de la citada Ley), ni objetiva ni subjetivamente.

Ahora bien, siendo cierto cuanto se ha expuesto hasta este momento, en el supuesto que nos ocupa la cuestión debe ser analizada bajo otro punto de vista, distinto al que marca la senda seguida por la alegación de la recurrente. Retomando el análisis previamente realizado en torno a la naturaleza del contrato, nos encontramos con que la posibilidad que se abre a las empresas agrupadas de concurrir bajo la fórmula expresada, esto es, asumiendo el compromiso de constituir una futura sociedad, se refiere a la selección del socio privado de la sociedad de economía mixta. Por ello, si partimos del esquema jurídico que define este procedimiento, en los términos sobre los que ya nos hemos extendido, resultará que esa concurrencia conjunta de licitadores vendría referida a esa fase preliminar y no a la formalización del contrato de gestión de servicios públicos, que correspondería, bajo la fórmula sobre la que ya nos hemos extendido, a dicha sociedad de economía mixta. Téngase en cuenta pues que aquí no se contrata con el

adjudicatario, y que los preceptos y doctrina que hemos citado se refieren a la capacidad para contratar con el sector público.

La anterior precisión se realiza desde una perspectiva general, dentro de la cual se van a desarrollar las consideraciones que siguen, sin perjuicio de lo que habremos de indicar más adelante a la vista de lo que en el pliego se recoge acerca de la formalización del contrato. En tales términos, 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. Téngase presente aquí que, en la configuración abstracta de este tipo de procedimiento, 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. Desde esta óptica, el interrogante a resolver sería entonces si mediante dicha fórmula queda asegurado 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.

Obsérvese, en este sentido, que en este tipo de procedimiento quedarán disociadas las personas del adjudicatario, que se identifica con el socio privado seleccionado para integrarse en la sociedad de economía mixta a constituir, y la del contratista, que será precisamente esta última sociedad. Bajo tal premisa, los específicos requisitos de aptitud para contratar con el sector público no resultarán exigibles respecto del adjudicatario, siendo de aplicación las reglas generales de nuestro Derecho sobre capacidad jurídica y de obrar. Téngase en cuenta, por ejemplo, que no podría ser tal una unión de empresarios, puesto que, al ser un ente carente de personalidad, carecería de capacidad para adquirir la condición de socio de la futura sociedad de economía mixta, cualidad que tan sólo podría corresponder a las personas jurídicas concurrentes a la licitación.

Bajo estas premisas, no se advierte a priori 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, no ya al amparo del artículo 57.2 del TRLCSP, cuyo ámbito se ciñe al contrato de concesión de obras públicas, sino en la medida en que no se está seleccionando al contratista, sino al socio privado de éste.

Debe hacerse una última precisión a este respecto, a la vista del tenor de la cláusula del pliego, y es que esta fórmula no es equiparable a la unión de empresarios prevista por el TRLCSP, la cual, además, no sería de aplicación en esta fase por la razón ya expuesta de no poder constituirse una UTE en socio de una sociedad de capital.

Lo hasta ahora indicado no quiere decir, sin embargo, que esta posibilidad no deba estar sujeta a distintos condicionantes; en particular, que deba precisarse con rigor el régimen de derechos y obligaciones tanto de los licitadores agrupados como de la sociedad que hayan de constituir de resultar adjudicatarios, de tal suerte que quede asegurado tanto el cumplimiento de los compromisos asumidos y obligaciones económicas a cargo de los distintos intervinientes en el proceso como la aptitud de esta sociedad para que, como futuro socio privado de la sociedad de economía mixta gestora del servicio, goce de la solvencia y medios precisos para asegurar el correcto desempeño de dicha gestión.

En conclusión, desde una perspectiva general cabría aceptar la posibilidad de una fórmula de adjudicación a varias empresas que concurren conjuntamente, en esa fase previa a la incorporación al capital de la Sociedad de economía mixta, por cuanto en definitiva de lo que se trata es de seleccionar a su socio privado, que bien puede ser, con las cautelas precisas que inmediatamente abordaremos, una sociedad que se constituye a posteriori por los adjudicatarios. Pero ello siempre con la consideración de que 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, en los términos antedichos.

Aclarado lo anterior, hemos de trasladar ahora nuestras reflexiones al caso concreto que nos ocupa, para lo que habremos de examinar si, aun pudiendo reconocerse en abstracto la aptitud para concurrir a la licitación bajo la fórmula expresada, en nuestro caso la

adjudicación en estas condiciones puede estimarse ajustada a derecho en atención al contenido del Pliego rector de esta licitación.

Partiremos para ello de la distinta posición jurídica de la entidad adjudicataria y de la empresa mixta, que se refleja en las cláusulas 28 al 30 del PCAP. En concreto, en las cláusulas 28 y 29, referidas a la situación jurídica del adjudicatario, se establece que sus derechos y obligaciones son los que deriven de su condición de accionista mayoritario de la sociedad de economía mixta, y del hecho de corresponderle la correcta gestión de la empresa para conseguir una adecuada prestación de los servicios públicos relacionados con el ciclo integral del agua y la consecución de los fines de interés general que ha de lograr. Mientras, la cláusula 30 establece las obligaciones y derechos generales de la empresa mixta, siendo las propias del contratista que gestiona el servicio público, esto es, entre otras, prestar los servicios a toda persona o entidad que cumpla los requisitos legales, indemnizar a terceros de los daños que ocasionare el funcionamiento de los servicios, ejercer por sus propios medios los servicios y actividades objeto del contrato.

Sin embargo, si analizamos el contenido del PCAP desde esta perspectiva, se advierte que sus cláusulas no guardan la debida coherencia en este punto. Así, aun cuando se permite que los licitadores concurren agrupados bajo el compromiso de constituir una futura sociedad que sería entonces el socio de la empresa mixta, no se establece previsión alguna acerca de las condiciones en que deba constituirse dicha sociedad (capital mínimo, medios adscritos, solvencia requerida, etc.). Tampoco se contempla en el régimen de derechos y obligaciones del adjudicatario previos a la constitución de la sociedad de economía mixta esta posibilidad, siendo así que debería concretarse para esta hipótesis en qué casos corresponden a las personas jurídicas adjudicatarias y cuando a la nueva sociedad a constituir.

En esta situación cabe que nos preguntemos, a la vista del pliego, acerca de a quién habría de corresponder, por ejemplo, el cumplimiento de las obligaciones económicas que las cláusulas 11, 28 y 29 del PCAP establecen a cargo del socio privado, sin mayor precisión, toda vez que con la adjudicación realizada se produce la concurrencia de dos empresas adjudicatarias y de una tercera sociedad, constituida por aquéllas, que pasará a ser el socio privado. Si entendiésemos que corresponde a las primeras, se entraría en contradicción con el hecho de que esos derechos y obligaciones vienen ligados a la

futura adquisición de la condición de socio de la sociedad de economía mixta, y, de estimar que es la segunda la que haya de resultar obligada, lo cierto es que el pliego no establece previsión concreta al respecto. Tampoco se establece cautela alguna que permita asegurar que esta sociedad vaya efectivamente a poder cumplir con los compromisos de aportación de medios personales y materiales (cláusula 12 del PCAP) y transferencia de *know how* (cláusulas 28 y 29) que se imponen a las empresas adjudicatarias. Además, no resulta coherente con la admisión de esta forma de concurrir a la licitación el hecho de que en las cláusulas 28 y 29 se indique que se selecciona al socio privado "*intuitu personae*", por su competencia técnica.

Aun cuando como decimos el pliego no establece un régimen jurídico preciso al respecto, ciertamente en el contrato de compromiso que ha venido a ser formalizado y del que se ha dado cuenta en los antecedentes de hecho de esta resolución se establecen las obligaciones de esa sociedad que se ha constituido y que concurre como parte contractual, lo que tampoco termina de dar coherencia al conjunto, como evidencia, por ejemplo, y aparte de lo que seguidamente diremos respecto de la solvencia, el que la garantía definitiva que se ha constituido avale no a esa empresa que pasaría a convertirse en el socio privado sino, conjuntamente, a las dos empresas adjudicatarias.

Lo cierto resulta ser, por ello, que en el régimen jurídico plasmado en el pliego no tiene encaje lógico la posibilidad de que el adjudicatario no sea a su vez el socio privado de la sociedad de economía mixta, como ha venido a ser el caso. Al establecerse los requisitos de solvencia de los licitadores, e igualmente la situación jurídica así como los derechos y obligaciones del adjudicatario en las cláusulas 28 y 29 del pliego, se parte siempre de que el mismo será el socio y accionista mayoritario de la sociedad de economía mixta, no siendo compatible este régimen con el hecho de que el socio resulte ser una nueva sociedad distinta de la que haya resultado adjudicataria.

Es especialmente relevante en este punto la cuestión de la solvencia. Como hemos tenido ocasión de apuntar, en esta licitación debe asegurarse la aptitud y solvencia del socio privado, que contribuirá a la adecuada prestación del servicio por parte de la sociedad de economía mixta, y tal circunstancia no se cumple en el caso de la sociedad que se comprometen a constituir las dos empresas adjudicatarias, al no establecerse en el pliego cuáles hayan de ser ni los requisitos de constitución de la misma, 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. Aunque el órgano de contratación aluda aquí al artículo 63 TRLCSP, lo cierto es que no se cumple el requisito que allí se establece para poder acreditar la solvencia necesaria basándose en la solvencia y medios de otras entidades, por cuanto no se exige justificación en el pliego, ni se ha aportado documentación al respecto en la proposición de los adjudicatarios, de que, para la ejecución del contrato, se disponga efectivamente de esos medios.

No se olvide aquí, además, lo que pone de manifiesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 45/02, de 28 de febrero de 2003. Allí se parte de que cuando una empresa prueba que, para ejecutar un contrato, dispone de manera efectiva de los medios que son necesarios y que pertenecen a otra empresa u organismo con la que mantiene vínculos directos o indirectos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, debe ser admitida para concurrir a la adjudicación. Pero ello se matiza, *“en el sentido de especificar qué medios son susceptibles de tal valoración, toda vez que aquéllos que se refieren a aspectos propios de esos organismos o empresas distintos es evidente que no pueden ser admitidos a tal fin. Tal es el caso de la acreditación de la solvencia financiera mediante referencia a empresas u organismos distintos, pues se trata de una referencia inequívocamente unida a la empresa no sustituible por referencias externas”*.

Se sigue este criterio en la Resolución nº 254/2011 de este Tribunal, donde apuntábamos que:

“Pues bien, según este informe no sería aceptable, para acreditar el cumplimiento de las normas relativas a la gestión de la calidad y medioambiental, basarse en su cumplimiento por otra empresa, ya que éste se refiere a un aspecto propio e intrínseco de la organización y funcionamiento de una empresa que no es sustituible por el de otra. Además, la referencia a la solvencia de otra empresa sólo es posible en lo que respecta a la disponibilidad de medios personales y materiales para la ejecución del contrato”.

Además, en nuestra Resolución nº 117/2012 hemos tenido ocasión de precisar que aunque el empresario puede acreditar su solvencia basándose en medios externos, será requisito indispensable para contratar con el sector público que acredite un mínimo de

solvencia mediante medios propios, con independencia de que el resto lo pueda acreditar con medios ajenos.

En nuestro caso observamos, sin embargo, que la sociedad constituida por los adjudicatarios no acredita (ni lo exige el pliego ni consta dato alguno al respecto en la documentación integrante de la proposición presentada) ni de qué manera podrá disponer efectivamente de los medios de las sociedades adjudicatarias en términos tales que quede acreditada su solvencia técnica, ni tampoco cabe estimar que goce de solvencia económica y financiera, aspecto no sustituible por referencias externas, a la vista de tratarse de una sociedad de responsabilidad limitada que se constituye con el capital mínimo exigible, de 3.000 euros, a pesar de la indudable trascendencia económica de las obligaciones asumidas por el socio privado conforme al pliego.

Por parte de las empresas adjudicatarias se aporta con el escrito de alegaciones de fecha 8 de abril de 2014, relativo a la ampliación del recurso 221/2014, un documento privado que aparece fechado el 27 de febrero en el que se comprometen a poner a disposición de la sociedad a constituir su solvencia económica y técnica. Se trata de un documento al que no se hace mención en ninguno de los informes del órgano de contratación ni aparece en el expediente administrativo remitido a este Tribunal. No se trata, por lo demás, de un documento que aparezca previsto en el Pliego ni fue aportado con la documentación integrante de la proposición presentada, siendo así además que lo único que se requirió por parte del Pleno en el acuerdo de fecha 21 de febrero de 2014 es que las empresas adjudicatarias aportasen la documentación justificativa de haber constituido la garantía definitiva así como de hallarse al corriente de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social. Entiende, por tanto, este Tribunal que su aportación ahora, en sede de alegaciones al recurso, no permite subsanar la falta de solvencia que hemos puesto de manifiesto.

Hemos de insistir en que la justificación de la solvencia de la sociedad mercantil que se comprometen a constituir los licitadores que concurren conjuntamente debía haberse exigido en el Pliego, y haberse presentado la documentación correspondiente dentro del plazo de presentación de proposiciones, como es la regla para la acreditación de los requisitos para contratar. Además, y en cualquier caso, la manifestación que se hace en el documento aportado relativa a que las empresas adjudicatarias se comprometen a

prestar su solvencia financiera a la sociedad a constituir carece de valor alguno a estos efectos, pues como hemos señalado es éste un requisito que debe cumplir la propia sociedad, sin que pueda integrarse por medios externos.

No cabe pues sino concluir en que en este caso el socio elegido tras la adjudicación carece de solvencia, a falta de la más mínima exigencia de acreditación de la misma por parte de la sociedad constituida y seleccionada como socio privado, así como de justificación en el procedimiento de licitación de que esta sociedad pueda efectivamente disponer de los medios requeridos y ofrecidos por los adjudicatarios que la han constituido.

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. Asimismo, los términos de la responsabilidad de los licitadores respecto del cumplimiento de estos requisitos, teniendo presente que las obligaciones inherentes a la concreta persona de las dos empresas adjudicatarias, como la aportación del *know how* sólo serían exigibles y habrían siempre de cumplirse individualmente por cada una de dichas empresas. Para ello debería haberse previsto con detalle, en las cláusulas relativas a las obligaciones del socio, cuáles de ellas habrían de cumplirse, en la hipótesis que examinamos, por la sociedad a constituir por los licitadores, y cuáles directamente por estos singularmente considerados, así como los medios para asegurar el cumplimiento y poder exigir responsabilidades.

Por lo demás, la falta de aptitud de la sociedad constituida se traslada a la sociedad de economía mixta que habrá de gestionar el contrato, puesto que precisamente ha fracasado uno de los fines esenciales de este procedimiento de selección, cual es, como hemos venido insistiendo, el de asegurar que el socio privado reúne las condiciones de aptitud y solvencia precisas para que, con su integración en la sociedad de economía mixta, pueda garantizarse una adecuada gestión del servicio público de que se trata.

A lo anterior se suma, como última circunstancia relevante para valorar la legalidad tanto de la adjudicación como de las cláusulas del pliego de cláusulas administrativas, el que en la cláusula 22 de dicho pliego, al fijarse las condiciones de la formalización del contrato, no se establezca que ésta se lleve a efecto con la sociedad de economía mixta tras su creación, como corresponde a su condición de contratista (art. 182 del RGLCAP, previamente citado, y cláusula 2 del PCAP), sino que se prevé la formalización en documento administrativo, con el adjudicatario seleccionado, de *“un contrato acreditativo del compromiso del candidato seleccionado para concurrir al otorgamiento de la escritura pública de constitución de la Sociedad”*.

Y ello además, infringiendo lo dispuesto en el artículo 156.3 del TRLCSP, en el plazo de 10 días hábiles, contados desde el siguiente al de la notificación de la adjudicación, sin respetar por tanto el plazo de espera de 15 días hábiles para aquellos supuestos en los que, como aquí ocurre, resulta posible interponer recurso especial en materia de contratación.

De hecho, como ya hemos adelantado, se ha producido la formalización el pasado 20 de marzo, según consta en el expediente remitido, mediante documento suscrito con la sociedad constituida por las empresas adjudicatarias, que se denomina *“contrato administrativo de compromiso”*.

En la estipulación primera de dicho contrato se indica que la sociedad constituida por las adjudicatarias, AQUALCAZAR, S.L., se compromete a 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 gestionar el servicio público del Ciclo Integral del agua, con estricta sujeción a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas.

De otra parte, en la estipulación sexta se indica que: *“El contrato se rige conforme a lo estipulado en la cláusula 2 del Pliego de cláusulas administrativas y por lo establecido en las disposiciones legales que regulan la contratación de la gestión de los servicios públicos, especialmente por la Ley 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y demás normativa”*.

Se ha procedido, por tanto, a formalizar con el socio privado un contrato cuyo objeto resulta ser, al margen del compromiso de concurrir a la ampliación de capital de la que surgirá la sociedad de economía mixta, la propia gestión del servicio público, lo que no es conforme con el hecho de que en este caso, y conforme hemos reiterado, el contratista de la Administración resulta ser la sociedad de economía mixta, a quien se atribuyen en el pliego los derechos y obligaciones derivados del contrato de gestión del servicio público, y con quien debería haberse previsto en el pliego y realizado la formalización del correspondiente contrato.

No siendo así, debe entenderse que no se producirá la perfección del contrato con dicha sociedad de economía mixta, puesto que tal perfección se produce conforme al artículo 27.1 del TRLCSP con su formalización, y tampoco podría comenzar válidamente la ejecución de las prestaciones que corresponden a dicha empresa mixta, atendiendo a que conforme al artículo 156.5 del TRLCSP no podrá iniciarse la ejecución del contrato sin su previa formalización.

En esta misma línea, resulta igualmente impropia la previsión de la cláusula 7 del PCAP en cuanto marca como punto de inicio del plazo contractual no ya el de la formalización sino el de la inscripción en el Registro mercantil de los estatutos de la sociedad de economía mixta.

La cláusula 22 del PCAP incurre por todo ello en infracción de los artículos 27.1, 156 y 277.d) del TRLCSP, así como del artículo 182 del RGCAP, en cuanto no se prevé la formalización del contrato de gestión del servicio público con la sociedad de economía mixta contratista, y, además, introduce una nueva perspectiva en nuestros razonamientos relativos a la adjudicación a las empresas concurrentes con el compromiso de constituir una sociedad que se incorporaría como socio a la sociedad de economía mixta. Efectivamente, decíamos entonces que tal posibilidad no vulneraría los preceptos del TRLCSP relativos a la capacidad para contratar en tanto en cuanto en la configuración de este contrato el contratista resulta ser la sociedad de economía mixta, no el adjudicatario. Sin embargo, aquí el pliego ha previsto, con infracción de las normas sobre perfección y formalización del contrato, que ésta tenga lugar con la sociedad constituida por los adjudicatarios, con lo que de confirmarse la adjudicación sí que tendrá lugar el hecho, contrario a los artículos 54 y 59 del TRLCSP, de que se haya permitido concurrir

conjuntamente a la licitación a varias sociedades no constituidas en UTE para luego formalizar el contrato con otra sociedad distinta constituida por aquéllas.

Para resolver esta paradójica situación entendemos que, siendo el acuerdo aquí impugnado el de adjudicación, debemos partir para valorar la legalidad de la misma de los términos del PCAP, donde se ha establecido una adjudicación a dos empresas agrupadas sin compromiso de constitución en UTE sino de creación de una tercera sociedad con la que se establece la formalización del contrato, lo que resulta contrario a las normas sobre capacidad y solvencia para contratar con el sector público. Avanzando un paso más en esa valoración, teniendo presente cuál hubiera debido ser la configuración correcta de la capacidad para licitar y la formalización del contrato, debe puntualizarse que, de una parte, debiendo haberse previsto la formalización del contrato con la sociedad de economía mixta, en tal hipótesis sí hubiese resultado admisible que concurrieran a la licitación conjuntamente varias empresas con el compromiso de constituir una nueva sociedad que pasaría a ser el socio de la empresa mixta, siempre bajo los condicionantes sobre los que hemos venido insistiendo.

En esta tesitura, teniendo presente cuanto se ha razonado, este Tribunal estima, en primer lugar, que las cláusulas del Pliego que permiten la adjudicación a varias empresas agrupadas con el compromiso de constituir una sociedad de capital con la que se formalizará el contrato (cláusulas 9 y 22), sin requerir la acreditación de solvencia por parte de esta última, resultan nulas de pleno derecho conforme a lo previsto en el artículo 32.b) TRLCSP, donde se establece como causa de nulidad de derecho administrativo la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario.

Efectivamente, aparte de la falta de aptitud para contratar que resulta de la aplicación del régimen establecido por el pliego, en los términos previamente razonados, asimismo se advierte, desde esta misma perspectiva, la falta de solvencia de la sociedad a constituir, al no requerirse en ningún momento en el pliego ni existir constancia en la proposición presentada de cuáles pudieran ser sus condiciones de solvencia tanto económica y financiera como técnica y profesional, sin que tampoco conste debidamente acreditada en el procedimiento de adjudicación justificación alguna de que efectivamente vaya a disponer de los medios propios de las dos empresas adjudicatarias concurrentes a su

constitución. Asimismo, esta falta de solvencia se traslada a la sociedad de economía mixta en la que se ha de integrar el socio privado seleccionado.

A lo anterior se suma, además, la infracción legal previamente señalada en referencia a la cláusula 22 del pliego, en la medida en que la formalización de este contrato debe realizarse entre la Administración contratante y la sociedad de economía mixta, auténtico contratista.

Tal vicio de nulidad es motivo suficiente para anular la adjudicación así como las cláusulas 9 y 22 del pliego de cláusulas administrativas particulares, con el alcance previamente expresado.

Además, estimamos que la concurrencia de causa de nulidad de pleno derecho de las citadas cláusulas del PCAP determina que pueda ser declarada en este recurso frente a la adjudicación, aun no habiéndose impugnado en su día el pliego, debiendo conllevar la anulación de todo el procedimiento de licitación.

Para llegar a esta conclusión partimos de la doctrina, ya recogida en otras resoluciones de este Tribunal (por ejemplo, la nº 207/2013 o la nº 65/2013) acerca de las consecuencias de la declaración de nulidad de una cláusula que contiene un criterio de adjudicación y sus efectos en todo el procedimiento de licitación, lo que fue analizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 4 de diciembre de 2003 dictada en el asunto C-448/01, bajo el siguiente razonamiento:

“los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...).

De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión”.

Aun cuando esta sentencia y las resoluciones que hemos citado se refieran a la nulidad de criterios de adjudicación, concurre aquí identidad de razón determinante de la aplicación de idéntica consecuencia, toda vez que las cláusulas del pliego cuya nulidad se declara vician de raíz todo el procedimiento, al preverse, de una parte, la posibilidad de que concurren a la licitación varias empresas bajo el compromiso de constituir una sociedad con la que, a pesar de no requerirse acreditación alguna de su solvencia, se formaliza el contrato, así como, en segundo lugar, la posterior constitución de la sociedad de economía mixta sin las mínimas garantías de su solvencia para llevar adelante la ejecución del contrato, sumándose a todo ello el que se permita la ejecución del contrato sin formalización del mismo con el auténtico contratista.

Desde el planteamiento que hace la sentencia que hemos citado, tampoco aquí cabe que una vez anulada la adjudicación se pueda proceder a una nueva haciendo abstracción de las cláusulas ilegales, pues ello iría en contra del principio de igualdad de trato entre los licitadores, en particular en relación con los que, confiados en las cláusulas del pliego, han concurrido agrupadamente y que ahora se verían privados de la posibilidad de acceder a la adjudicación del contrato.

En definitiva, debe estimarse que la declaración de nulidad de una cláusula relativa a la capacidad para concurrir a la licitación, conlleva la sanción de nulidad de todo lo actuado en dicho expediente de concurrencia competitiva, con fundamento en el respeto al principio de igualdad y no discriminación entre todos los licitadores, tanto los concurrentes como terceros que pudieron presentarse a dicha licitación. De no acordarse dicha nulidad se quebrantarían los principios de igualdad de trato y libre concurrencia, toda vez que se verían definitivamente imposibilitados de participar en la licitación aquellos empresarios que, como es el caso aquí de los adjudicatarios, han concurrido confiados en lo indicado en la cláusula del pliego que se anula, cuando de otro modo podrían haber participado individualmente y cumpliendo los requisitos legales para ello,

Así pues, necesariamente se ha de declarar la nulidad de todo el procedimiento de licitación, que habrá de reanudarse desde su acuerdo inicial, en el supuesto de que siguiese existiendo el motivo o causa que legitima el inicio de un nuevo expediente de contratación.

Todo ello sin perjuicio además de la falta de coherencia en el régimen establecido en el pliego, según cuanto se ha venido razonando, y de la infracción de los artículos 27, 156 y 277.d) del TRLCSP y 182 del RGLCAP que supone el hecho de que el contrato no se formalice con el auténtico contratista, la sociedad de economía mixta a quien se atribuyen sin embargo en el pliego los derechos y obligaciones derivados del contrato de gestión del servicio público.

Noveno. La estimación del anterior motivo de nulidad haría, en principio, innecesario el examen del resto de los motivos de impugnación planteados por la recurrente, si bien no queremos dejar de realizar alguna consideración al respecto, en aras de la exhaustividad de la resolución, tratando de ofrecer una respuesta lo más completa posible a las alegaciones formuladas, tanto en el recurso planteado como en el escrito ampliatorio, al haberse presentado, asimismo, éste dentro del plazo para impugnar el acuerdo recurrido.

Así, en primer lugar, y por lo que se refiere a la pretendida existencia de modificación de los pliegos mediante las aclaraciones formuladas por la Corporación contratante, cabe señalar que se trata de una cuestión planteada en el recurso frente a los acuerdos de la Mesa celebrada el 31 de enero de 2014 y que ha resultado ya inadmitido, sin que pueda entrarse a conocer de la misma con ocasión del recurso frente a la adjudicación, dada la naturaleza del supuesto vicio de invalidez que se denuncia, y a la vista, asimismo, de que estas aclaraciones o modificaciones no atañen a las condiciones de la adjudicación, sino al régimen prestacional del contrato.

En todo caso, anulada la adjudicación y el procedimiento de adjudicación por la razón antedicha, esta circunstancia carece ya de efectos prácticos.

De otra parte, y en lo que se refiere a la crítica que se realiza al informe presentado por un asesor externo a la Corporación, no es competencia de este Tribunal entrar en valoraciones acerca de la necesidad o conveniencia de que este tipo de informes se lleven a cabo, como defiende la recurrente, por los servicios de la Administración contratante. Sin perjuicio de ello, y desde la estricta perspectiva de la función y competencia que nos es propia, sí que podemos apuntar tres consideraciones: en primer lugar, que el hecho de que la cláusula 19 del PCAP indique que se podrán solicitar por la mesa los informes técnicos que estime oportunos para valorar la documentación de la

oferta de los licitadores (en la línea del art. 151.1 TRLCSP), deja un amplio margen de libertad en esta materia, al margen de la valoración que luego merezca la adjudicación y, muy especialmente, su motivación; en segundo lugar, que la Mesa de contratación no queda vinculada por un previo acuerdo acerca de la emisión del informe, pudiendo libremente variar la persona que deba emitirlo en atención a circunstancias sobrevenidas, como así ha ocurrido, sin más limitaciones que, como en el caso anterior, las que puedan resultar del examen final de la motivación de la adjudicación, pudiendo añadirse, además, que las especulaciones del recurso acerca de la finalidad última del cambio acaecido en la persona del emisor del informe o acerca de la relación de éste con el Ayuntamiento no cuentan con respaldo probatorio; y, por último, que el valor del informe emitido, desde la perspectiva del respeto de las normas esenciales del procedimiento de adjudicación, dependerá de su objetividad intrínseca y valor técnico, lo que, nuevamente cabe señalar, quedará reflejado y será objeto de valoración al analizar la crítica que pueda hacerse por el recurrente de la motivación del acuerdo de adjudicación basado en dicho informe.

Sería, pues, mediante la crítica objetiva que pueda realizar el recurrente de las razones de la adjudicación cuando podría ponderarse la corrección de los informes técnicos emitidos en el seno del procedimiento de adjudicación, en referencia al valor racional de sus apreciaciones y a la fundamentación de sus conclusiones.

Y, efectivamente, cuestionado dicho acuerdo por la recurrente en el escrito ampliatorio de su recurso, se advierte la falta de motivación del mismo.

Al respecto, podemos reiterar los razonamientos que ya exponíamos en la Resolución nº 84/2014, referida, asimismo, a un acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Alcázar de San Juan, por concurrir ahora idénticas circunstancias a las entonces analizadas.

Así, al igual que sucedía en el caso resuelto por aquella resolución, el examen del texto del acuerdo de adjudicación revela como a efectos de fundamentar la misma no se detallan ni las puntuaciones asignadas a los licitadores en cada uno de los distintos criterios de adjudicación (reflejados en la cláusula 12 del PCAP), ni tampoco las razones determinantes de la valoración otorgada a las ofertas en cada uno de dichos criterios, limitándose el acuerdo que nos ocupa a reflejar la puntuación global de las ofertas técnica y económica de cada uno de los licitadores (y, para el caso de los adjudicatarios, la

puntuación asignada a los distintos conceptos valorables en la oferta económica, sin incluir los razonamientos determinantes de ello). Tal circunstancia, conforme a la doctrina reiterada de este Tribunal respecto de las exigencias de motivación de los acuerdos de adjudicación, supone que la resolución aquí impugnada deba tenerse por insuficientemente motivada.

Partimos para llegar a tal conclusión de lo dispuesto respecto de la motivación del acuerdo de adjudicación el artículo 151.4 del TRLCSP, a cuyo tenor:

“4. La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.

La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

En particular, expresará los siguientes extremos:

a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.

c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas”.

Tal y como venimos reiterando en numerosas resoluciones, para considerar que la notificación está suficientemente motivada ha de contener la información que permita al licitador interponer el recurso en forma suficientemente fundada. De acuerdo con ello, el objetivo perseguido por la motivación es suministrar a los licitadores excluidos y a los candidatos descartados información suficiente sobre cuáles fueron las razones determinantes de su exclusión o descarte, a fin de que el interesado pueda contradecir las razones argumentadas como fundamento del acto dictado mediante la interposición

del correspondiente recurso, finalidad que no se alcanza cuando, como sucede en nuestro caso, en el acuerdo de adjudicación que se notifica a los licitadores falta una mínima descripción del proceso de asignación de la puntuación de las ofertas y una información que detalle la razón de los puntos asignados en cada criterio.

A mayor abundamiento, y a la vista de las alegaciones de los adjudicatarios relativas a esta ampliación del recurso acerca de la publicación del informe de valoración, debe indicarse que no consta que se remitiese con la notificación del acuerdo de adjudicación dicho informe de valoración, lo que constituye el aspecto esencial a considerar aquí, sin que tampoco exista prueba de la afirmación acerca de su publicación en el perfil del contratante.

Según razonaba este Tribunal en su Resolución nº 302/2012, de 21 de diciembre, los criterios de valoración que aparezcan enumerados en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo serán, simultáneamente, elementos caracterizadores del objeto del contrato y elementos que determinarán la adjudicación del mismo y, por ende, elementos orientadores de la elaboración de la oferta (en cuanto se refiere al licitador) y elementos determinantes de la adjudicación (en cuanto se refiere al órgano de contratación). Al ser estos criterios los elementos determinantes de la adjudicación, la posibilidad de proceder a la impugnación de la adjudicación realizada requiere tener conocimiento de las puntuaciones atribuidas en cada uno de estos criterios, así como una información sucinta de la causa de la atribución de tal puntuación.

No constando esta información en el acuerdo de adjudicación, debe tenerse por insuficientemente motivado.

Se suma, pues, asimismo, este motivo como nueva causa de anulación del acuerdo de adjudicación.

Por último, en cuanto a la infracción de normas laborales que se denuncia en el escrito ampliatorio del recurso, este Tribunal carece de competencia para resolver tal cuestión, como reconoce la propia recurrente, y, en lo que hace a las críticas a la prematura

formalización del contrato, basta con remitirnos a lo ya dicho sobre esta cuestión y a lo que inmediatamente se indicará acerca de los efectos de la anulación de la adjudicación.

Décimo. En definitiva, y por las razones que se han venido exponiendo, procede estimar el recurso interpuesto frente al acuerdo del Pleno de 12 de marzo de 2014, declarando la nulidad del acuerdo de adjudicación así como la nulidad de las cláusulas 9 y 22 del Pliego de cláusulas administrativas particulares, con el alcance y en los términos previamente expuestos, con anulación asimismo del procedimiento de licitación, sin perjuicio de la posibilidad de poner en marcha un nuevo procedimiento, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos en esta Resolución.

Los efectos de dicha declaración de nulidad son los previstos en el artículo 35. 1 del TRLCSP, conforme al cual la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará, en todo caso, consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir, por extemporáneo, el recurso interpuesto por D^a. AB. T. A. , concejal del Excmo. Ayuntamiento de Alcázar de San Juan (Ciudad Real), contra los acuerdos de la Mesa de contratación de fecha 31 de enero de 2014 adoptados en la tramitación del procedimiento de contratación 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 Alcázar de San Juan”*.

Segundo. Inadmitir, por no ser susceptibles de impugnación por esta vía los actos impugnados, el recurso asimismo interpuesto por dicha recurrente frente a los acuerdos de la Mesa de contratación adoptados en la sesión de fecha 14 de febrero de 2014, así

como frente al acuerdo del Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Alcázar de San Juan de 21 de febrero de 2014.

Tercero. Estimar el recurso interpuesto por la Sra. Tejado Alberca frente al acuerdo del Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Alcázar de San Juan de 12 de marzo de 2014, en el que se procede a adjudicar a la oferta económica más ventajosa, presentada por AQUALIA, S.A. y TRAINASA, el contrato para la selección de un socio privado y 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 vinculados al Ciclo Integral del Agua en el término municipal de Alcázar de San Juan, y, en consecuencia:

- Anular dicho acuerdo de adjudicación, con los efectos previstos en el artículo 35.1 del TRLCSP, y
- Declarar la nulidad de pleno derecho de las cláusulas 9 y 22 del Pliego de cláusulas administrativas particulares rector de la licitación, con expresa anulación de todo el procedimiento de licitación, dejando a salvo la facultad de iniciar un nuevo procedimiento en el que se corrijan los motivos de nulidad apreciados.

Cuarto. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 del mismo Cuerpo Legal.

Quinto. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos 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.