



**Recurso nº 332/2014**

**Resolución nº 406/2014**

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

En Madrid, a 23 de mayo de 2014.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. J.L.G.I., en nombre y representación de la UTE AQUALIA GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA, S.A., y FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., U.T.E., Ley 18/1982 (CANGAS DE MORRAZO UTE), frente a los siguientes acuerdos adoptados por el Pleno del Ayuntamiento de Cangas de Morrazo en el expediente de contratación seguido para el contrato de "*Gestión de los servicios públicos relacionados con el ciclo integral del agua: Abastecimiento, saneamiento y depuración, mediante la modalidad de concesión*": acuerdo de 31 de enero de 2014 por el que se aprueba definitivamente el anteproyecto de explotación; acuerdo de 7 de marzo de 2014 por el que se decide el Anuncio de la Convocatoria del procedimiento abierto para la adjudicación del contrato; y acuerdo de 7 de marzo de 2014, por el que se aprueban los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que han de regir dicho contrato, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante Acuerdo de 2 de mayo de 2013 del Alcalde del Ayuntamiento de Cangas (Pontevedra) se inició el expediente de contratación, mediante procedimiento abierto, para la gestión de los servicios públicos relacionados con el ciclo integral del agua: abastecimiento, saneamiento y depuración, mediante la modalidad de concesión.



El anuncio de licitación fue publicado el 20 de marzo de 2014 en el perfil del contratante, el 21 de dicho mes en el Boletín Oficial de la Provincia de Pontevedra, y el 24 de marzo de 2014 en el Diario Oficial de Galicia.

**Segundo.-** Con fecha 16 de abril de 2014 se presenta en el registro del órgano de contratación por parte de D. J.L.G.I., en nombre y representación de la UTE AQUALIA GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA, S.A., y FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., U.T.E., Ley 18/1982 (CANGAS DE MORRAZO UTE), recurso que se califica como de reposición frente a los acuerdos de aprobación del anteproyecto de explotación, de la convocatoria del procedimiento de adjudicación y de los pliegos rectores del contrato de gestión de servicio público, mediante concesión, que tiene por objeto la gestión del Ciclo Integral del Agua del Ayuntamiento de Cangas. Este recurso sin embargo es tramitado por el Ayuntamiento como recurso especial en materia de contratación, remitiéndose a este Tribunal para su resolución.

Dicho recurso se sustenta esencialmente en la apreciación por parte del recurrente, actual concesionario de los servicios de abastecimiento y saneamiento de aguas, de que en el Anteproyecto de Explotación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, se detectan *“graves errores y contradicciones internas, la consideración de datos ajenos a la realidad de los servicios, así como la contradicción existente entre dichos documentos”*.

En el recurso se defiende que no cabe considerar este Anteproyecto como un documento meramente orientativo o estimativo para los licitadores, pues define la naturaleza y esencia de la gestión concedida. Este documento, se afirma, debe considerar, describir y valorar la situación actual del servicio, pues, en definitiva, es la realidad de partida que habrán de ponderar los licitadores para dar coherencia a sus respectivas ofertas y es el único contexto con el que se va a encontrar el adjudicatario en el inicio de su gestión.

En esta línea de razonamiento, se aduce que los graves errores, contradicciones y carencia de datos y partidas, así como la concreción de otros ajenos a la realidad,



deben ser corregidos puesto que de lo contrario la gestión del servicio que va a concederse resultaría inviable.

El primer error que se denuncia viene referido a la falta de soporte del coste unitario máximo que se concreta en el Pliego de Cláusulas Administrativas, y que se cifra en 1,980 €/m<sup>3</sup>, así como a la contradicción con las tarifas propuestas en el Anteproyecto de Explotación.

En el recurso se parte aquí de las cláusulas 16.b) y 35 del Pliego referido, conforme a las que el coste unitario máximo será de 1.980 €/m<sup>3</sup>, precisándose que la tarifa media debe ser igual al coste unitario y que estos cálculos se corresponden con todos los costes considerados en el anteproyecto de explotación. Entiende sin embargo el recurrente que *“según el Apéndice 8 del Anteproyecto —aprobado definitivamente por el acuerdo plenario 31/10/2013—, al que se remite el Pliego como referente de cálculo del coste unitario al que debe equipararse la tarifa media, se concluye un cuadro de tarifas del que se deduce que la tarifa media nunca podría igualar los 1,980 €/m<sup>3</sup> con que se limita dicho coste unitario”*.

Se indica en tal sentido que: *“Comprobando los valores de cada uno de los componentes de tal esquema tarifario y el resultado final del mismo, se detecta fácilmente un error, pues para cubrir el pretendido coste unitario de 1,980 €/m<sup>3</sup> que se impone en el Pliego, la tarifa fija de saneamiento nunca podría ser de 3,50 €/m<sup>3</sup>, sino que habría de cifrarse en 5,13 €/m<sup>3</sup>”*.

De lo que se concluye que si las tarifas propuestas son las que figuran en el Anteproyecto de Explotación, el valor máximo del coste unitario que se reseña en el Pliego necesariamente debería ser menor.

El segundo error que se denuncia viene referido a la determinación del valor estimado del contrato que se hace constar en la Cláusula 4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, señalándose la cifra de 2.217.616,85 € de ingresos estimados para el primer ejercicio, resultante del estudio contenido en el anteproyecto. Es en el desglose de éste donde el recurrente considera que existe un doble defecto: de una parte, señala que los ingresos por recaudación de tarifa fija considerados habrían



de reducirse en la cantidad de 131.902,86 euros, pues la cuota fija mínima por servicios de saneamiento finalmente reflejada en el anteproyecto, es la de 3,50 euros/ bimestre, con lo que los ingresos por este concepto no serían los 415.129,86 euros que se consideraron en un principio para calcular aquellos valores, sino que se cuantificarían en 283.227 euros; a lo anterior suma el que las estimaciones que se hacen de ingresos no tarifarios no dependen de las tarifas que apruebe la Administración para mantener estabilizado el servicio, por lo que considera que no deberían formar parte de los ingresos previstos para equilibrar presupuestariamente la concesión.

Seguidamente se denuncia error de los datos que, respecto del número de abonados del servicio de saneamiento, se reseñan en el Apéndice 2 del Anteproyecto en relación con el año 2012.

Defiende asimismo la existencia de contradicción entre el Anteproyecto de Explotación y el Pliego de Cláusulas Administrativas respecto a los costes de los servicios, en la medida en que, según se afirma, el Anteproyecto no contempla algunos de los gastos fundamentales que el Pliego de cláusulas administrativas particulares señala como de obligada asunción por el concesionario, además de resultar imprescindibles para la consecución de la explotación. Se refiere en este punto a los costes de personal, al no corresponderse los señalados en el anteproyecto con los correspondientes al personal a subrogar por el nuevo concesionario, así como a la tasa de ocupación del suelo, subsuelo y vuelo de las vías públicas, cuyo pago se impone por la cláusula 37.24 del Pliego pero no se incluye este coste entre los relacionados en la Memoria del Anteproyecto de Explotación. También, a la repercusión de los costes de gestión de la EDAR desde el 1 de julio de 2014 hasta el 1 de enero de 2015, y, por último, al coste de Inspección y Auditorías externas, recogido en la cláusula 27 del Pliego.

Como conclusión de los errores, contradicciones y defectos relacionados por el recurrente, éste estima que debe concluirse en la inviabilidad de esta concesión, así como en el carácter deficitario del servicio para la Administración Pública titular del mismo, lo que considera que vulnera la Ley de Bases de Régimen Local así como el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.



**Tercero.** El órgano de contratación ha certificado que a la fecha de 10 de abril de 2014 no se habían presentado ofertas por licitadores en este procedimiento.

**Cuarto.** El órgano de contratación ha evacuado el informe previsto en el art. 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) el pasado 22 de abril, defendiendo la inadmisibilidad del recurso tanto por la falta del anuncio previo exigido en el artículo 44.1 del TRLCSP como por la extemporaneidad del recurso presentado.

Sobre la extemporaneidad, se razona que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.2.a) del TRLCSP, el plazo de quince días hábiles, cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, se computa a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de dicha Ley. Se afirma en tal sentido que tanto los pliegos como el anteproyecto de explotación estaban publicados en el perfil del contratante desde el día 21 de marzo 2014, y que el día 24 de marzo se publicó el anuncio de licitación en el Diario Oficial de Galicia, por lo que estima el Ayuntamiento que el plazo para presentar recurso finalizaría el 10 de abril, habiéndose presentado el día 16 de dicho mes.

**Quinto.** En relación con el procedimiento de contratación que es objeto de este recurso se ha conocido por parte de este Tribunal del Recurso nº 278/2014 interpuesto frente a determinadas cláusulas del Pliego de cláusulas administrativas particulares. En el mismo, con fecha 16 de abril de 2014, se acordó la suspensión del procedimiento de licitación, conforme a lo previsto en los arts. 43 y 46 TRLCSP. En la Resolución de dicho recurso, del pasado 9 de mayo, se ha acordado anular la cláusula 10 del Pliego de cláusulas administrativas particulares en cuanto a la garantía provisional que allí se exige, así como la cláusula 36.2 relativa a la fórmula de revisión de la tarifa, anulándose asimismo, en consecuencia, el procedimiento de licitación, con retroacción de actuaciones al momento inicial del mismo, pudiendo iniciarse un nuevo procedimiento en el que se corrijan las infracciones legales apreciadas.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO.

**Primero.** Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso especial en materia de contratación a tenor de lo establecido en el artículo 41, apartados 3 y 4, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP), en relación con el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Galicia sobre atribución de competencia de recursos contractuales, suscrito el 7 de noviembre de 2013 (BOE de 25 de noviembre).

**Segundo.** Dado que nos encontramos ante un contrato de gestión de servicios públicos bajo la modalidad de concesión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 277.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, para determinar la procedencia del recurso especial habremos de estar a lo previsto en el art. 40.1.c) del TRLCSPP, que señala que serán susceptibles de este recurso especial en materia de contratación los actos del art. 40.2 cuando se refieran a *“contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años”*.

Se trata pues de un doble requisito, de carácter cumulativo, esto es, para que proceda en este tipo de contratos este recurso especial debe concurrir la doble circunstancia de que el presupuesto de gastos de primer establecimiento supere los 500.00 euros, IVA excluido, y que el plazo de duración del contrato sea superior a cinco años.

En nuestro caso se advierte con claridad que se cumple el requisito de plazo, puesto que conforme a la cláusula 6ª del Pliego de cláusulas administrativas particulares el plazo de ejecución del servicio objeto de este contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 278 del TRLCSPP, será de 25 años sin posibilidad de prórroga.

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 aquel 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 Pliego de cláusulas administrativas particulares ni en el Pliego de prescripciones técnicas, sí que se impone la obligación de realizar determinados gastos o inversiones como exigencia necesaria para la prestación del servicio. Así, se impone en primer lugar (cláusulas 5ª y 34ª del PCAP) un canon inicial anticipado por importe de 800.000 euros, a lo que se añade, en lo que aquí interesa, una inversión mínima anual, por importe de 3.483.406,02 euros (cláusula 14.4.3 del PCAP).

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

Debe concluirse por tanto 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.

**Tercero.** La UTE recurrente, actual concesionaria de los servicios de abastecimiento y saneamiento y constituida por empresas que potencialmente podrían licitar, bajo la misma u otra fórmula, al presente contrato, tiene interés legítimo en la impugnación de los pliegos y del anteproyecto de explotación.

Concurre pues en la entidad recurrente un interés legítimo, a los efectos previstos en el artículo 42 del TRLCSP.

**Cuarto.** Para examinar si el recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal dentro de plazo, habremos de atender a lo dispuesto en el artículo 44.2. a) del TRLCSP, donde, para el caso de que el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, se fija un plazo de quince días hábiles desde la fecha en que los pliegos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores para su conocimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 158 del TRLCSP.





Así las cosas, teniendo presente que al tiempo de interponerse el recurso el 16 de abril de 2014 ya había transcurrido sobradamente dicho plazo de 15 días hábiles desde la fecha de publicación del anuncio de licitación en el perfil del contratante, el 20 de marzo de 2014, con publicación de los pliegos y anteproyecto impugnados, debe estimarse que el recurso se ha interpuesto fuera de plazo.

En el propio recurso, por lo demás, se reconoce que los documentos a que se refiere el mismo fueron publicados el 19 y el 20 de marzo de 2014.

Cabe precisar aquí que, aun cuando el recurrente calificase el recurso como de reposición, lo cierto es que, concurriendo en el contrato como hemos razonado los requisitos del art. 40.1.c) del TRLCSP, el recurso procedente (siempre con carácter potestativo) es este recurso especial, tramitándose conforme a su verdadero carácter al amparo de lo dispuesto en el art. 110.2 de la Ley 30/1992.

No cabe pues sino concluir en que el presente recurso resulta extemporáneo, procediendo acordar su inadmisibilidad.

**Quinto.** Adicionalmente a lo anterior, debe tenerse presente que este Tribunal en la ya citada Resolución nº 360/2014, de 9 de mayo, relativa al Recurso nº 278/2014, ha anulado distintas cláusulas del Pliego de Cláusulas administrativas particulares de este mismo contrato así como el procedimiento de licitación.

Aun cuando tal circunstancia, al margen de la causa de inadmisibilidad ya advertida, habría de suponer asimismo pérdida sobrevenida de objeto de este recurso, ello no obstante, en aras de los principios de eficiencia y de economía procedimental, pasaremos a examinar los motivos de impugnación hechos valer en este recurso, con el fin de evitar que el Ayuntamiento redacte un nuevo pliego que, por falta de pronunciamiento expreso de este Tribunal, pueda incurrir en nuevas infracciones jurídicas eventualmente determinantes de la anulación del nuevo procedimiento de contratación que en su día se pudiera convocar.

Pasando pues a abordar con la finalidad expresada las cuestiones que se plantean en el presente recurso, nos encontramos con que se impugnan en el mismo tanto el



anteproyecto de explotación como los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas rectores de la contratación, y ello en relación, esencialmente, con el contenido del anteproyecto de explotación, lo que nos exige examinar cuál es el objeto de este documento contractual, cuya impugnabilidad por esta vía vendría amparada, en los términos que seguidamente indicaremos, por lo dispuesto en el art. 40.2.a) del TRLCSP en la medida en que recoge entre los actos que podrán ser objeto del recurso, junto a los anuncios de licitación y los pliegos, *“los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”*.

A estos efectos, hemos de comenzar citando lo dispuesto en el art. 133 del TRLCSP donde, después de señalar en el apartado 1 que *“de acuerdo con las normas reguladoras del régimen jurídico del servicio, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas fijarán las condiciones de prestación del servicio y, en su caso, fijarán las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión, y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración”*, se apunta en el apartado 2 que *“en los contratos que comprendan la ejecución de obras, la tramitación del expediente irá precedida de la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de explotación y del correspondiente a las obras precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización”*.

Debemos tener presente en este caso que en la resolución de 2 de mayo de 2013 del Sr. Alcalde por la que se acordaba iniciar el expediente de contratación para la gestión de los servicios públicos relacionados con el ciclo integral del agua se indicaba que, en atención a la naturaleza y finalidad de las obras a ejecutar en el marco del contrato, procedía la sustitución del estudio de viabilidad a que se refiere el artículo 128 del TRLCAP por un estudio de viabilidad económico-financiera, por ser el objeto principal del contrato la explotación y gestión de un servicio público, siendo las obras a realizar en su ejecución meramente accesorias.

Puede citarse también aquí, por último, el art. 183 del R.D. 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, donde se indica, en lo que aquí interesa, que los proyectos



de explotación comprenderán un estudio económico-administrativo del servicio, de su régimen de utilización y de las particularidades técnicas que resulten precisas para su definición, que deberá incorporarse por el órgano de contratación al expediente de contratación antes de la aprobación de este último.

Por lo que se refiere al objeto y finalidad de este documento y a la vista del contenido del mismo, así como de lo que se dispone en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas, se trata del estudio de la viabilidad económico financiera de la concesión partiendo de unas estimaciones de costes e ingresos que, salvo en lo que seguidamente se dirá, no vinculan el contenido de las ofertas de los licitadores, quienes habrán de acompañar con sus ofertas su propio estudio económico financiero, considerando los costes derivados de los medios materiales y personales necesarios para las labores de explotación previstas para la realización del servicio.

Efectivamente, y conforme ya tuvo ocasión de señalar el Ayuntamiento en informe emitido en relación con el ya citado Recurso nº 278/2014, interpuesto frente a determinadas cláusulas del PCAP de este contrato, el objeto del documento es *“reflejar información sobre la finalidad y justificación de la concesión, y de sus características principales. Se establecen unas previsiones sobre usuarios y forma de organizar los servicios, que es meramente orientativa, de lo que puede acontecer en los próximos 25 años que va a durar la concesión”*.

Añadiéndose allí que:

*“Cada licitador deberá presentar su propio estudio económico, su previsión de usuarios e ingresos y gastos, etc., y también proyecto concreto de organización del servicio del ciclo integral del agua.*

*En resumen, las previsiones sobre organización del servicio en el anteproyecto no son de carácter imperativo para los licitadores, son una propuesta organizativa y unas previsiones de ingresos y gastos, que cada licitador a su riesgo y ventura, modificará para redactar su propio proyecto de explotación tal y como se refleja en los Pliegos, y demás documentos contractuales. Existen unas inversiones y un canon mínimo, que se*



*deben de respetar, pero las previsiones de ingresos, gastos, forma de organizar el servicio, etc., están abiertas a la iniciativa de cada contratista”.*

Se aclaraba asimismo entonces que *“el estudio de viabilidad de la concesión está referida a los próximos 25 años, define un modelo organizativo que responde a un “año medio tipo” del período 2014-2039, y no tiene carácter imperativo, ni está previsto su plena implantación para el primer año de la concesión.”*

Las anteriores consideraciones resultan relevantes a un doble efecto: para determinar el ámbito de conocimiento de este Tribunal en lo que se refiere a la impugnación de este documento contractual, y, en segundo lugar, para valorar las críticas que se realizan en el recurso al contenido del mismo.

Comenzando, lógicamente, por la primera de las cuestiones referidas, ya en la Resolución nº 57/2013 de este Tribunal nos referíamos a nuestro ámbito de competencia en relación con determinados aspectos que, siendo presupuesto de la contratación, pueden tener reflejo en documentos contractuales susceptibles de este recurso especial, aludiendo al preámbulo de la Ley 34/2010, que lo introdujo en nuestro ordenamiento. Allí se indica que la finalidad de la reforma en la normativa de la Unión Europea que incorpora no fue otra que *“reforzar los efectos del recurso permitiendo que los candidatos y licitadores que intervengan en los procedimientos de adjudicación puedan interponer recurso contra las infracciones legales que se produzcan en la tramitación de los procedimientos de selección contando con la posibilidad razonable de conseguir una resolución eficaz”*; todo ello, con la finalidad última de aplicar lo dispuesto en la normativa de la UE sobre contratación, que, como dice en el preámbulo la Directiva 2007/66/CE, se orienta a garantizar *“la transparencia y no discriminación”* o *“apertura de los contratos públicos a la competencia”* (como señalaba la previa Directiva 1989/665).

Por tanto, razonábamos entonces, nuestra legislación ha seleccionado como recurribles por esta especial vía aquellos actos que pueden suponer una restricción indebida de la transparencia y la igualdad en la concurrencia entre licitadores que consagra la normativa UE. No se trata, en consecuencia, de depurar por esta vía todas las posibles



infracciones que se hayan podido cometer en la contratación, que tendrán otras formas de tutela, sea la del art 39 del TRLCSP, sea el recurso administrativo o judicial que cupiera contra los actos de que se trate. Abiertas varias vías de forma simultánea, habrá de considerarse, respecto de las cuestiones para cuya decisión sea competente este Tribunal, que existe litispendencia en tanto se tramita este recurso, y firmeza (similar a la cosa juzgada judicial), cuando nuestra Resolución quede firme.

Si examinamos el objeto de este recurso a la luz de lo anterior, podemos afirmar, en términos generales, que no corresponde a este Tribunal el control del ejercicio por parte de la Corporación Local de la potestad que le corresponde en orden a la organización de los servicios de su competencia, lo que se traduce en este caso en la configuración del esquema organizativo del servicio público de cuya concesión se trata y, consecuentemente, como trasunto de los medios personales y materiales requeridos para su gestión, de la estructura de costes del mismo. Tampoco, es claro, nos corresponde examinar si se cumplen por la Corporación Local los requerimientos del principio de estabilidad presupuestaria en relación con este servicio público.

Desde la perspectiva contraria, en la medida en que las decisiones adoptadas en el diseño de las características del servicio tengan incidencia en aspectos concernientes a la formulación de las ofertas por parte de los licitadores, afectando pues a la licitación, o bien puedan traducirse en obligaciones contractuales para el futuro adjudicatario, procederá la revisión por esta vía. Siempre teniendo presente que, en cualquier caso, cuando se trata de decisiones en que está presente la discrecionalidad técnica en la decisión administrativa, el control de este Tribunal queda circunscrito al examen de la posible existencia de arbitrariedad o de error manifiesto en la decisión adoptada.

Teniendo presentes las previas consideraciones, el examen de las cuestiones planteadas por el recurso que aquí nos ocupa revela como, aun cuando se están cuestionando aspectos propios de la estructura de ingresos y costes previstos para el servicio, denunciando la falta de viabilidad económica del mismo en los términos en que ha sido diseñado en el anteproyecto, sí que es cierto que en algún caso las cuestiones que plantea el recurso vienen referidas a aspectos del anteproyecto con directa



repercusión en cláusulas del PCAP que afectan a las ofertas de los licitadores y a las obligaciones derivadas del contrato.

Partimos de que son los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas los que definen las notas esenciales del procedimiento de licitación así como los derechos y obligaciones del futuro concesionario. Por su parte, el estudio económico financiero del servicio que se incluye en el anteproyecto de explotación no resulta vinculante para los licitadores en la redacción de sus ofertas, con algún matiz relevante. Así resulta de las cláusulas 14.4.2 y 16 del PCAP, conforme a las cuales, de una parte, los licitadores habrán de aportar el proyecto técnico de organización de los servicios y su metodología de gestión y mejora. En él se deberán describir y justificar todos y cada uno de los aspectos y criterios a los que se refiere la cláusula 16ª.a, sin que exista limitación alguna para los licitadores derivada del contenido del anteproyecto de explotación. Asimismo, deberán presentar un estudio económico y financiero de la explotación del ciclo integral del agua, con una memoria explicativa considerando una duración de 25 años y, como hipótesis, una inflación interanual del 2%, conforme a la estructura de costes que refleja el propio Pliego, dejando a la libre decisión de los licitadores el diseño de los aspectos económicos del servicio en los que basar su oferta, sin perjuicio de imponer un canon mínimo inicial de 800.000 euros, así como una inversión mínima anual por importe de 3.483.406,02 euros.

Lo anterior supone por tanto como, en la línea de lo que se apuntaba al comienzo de este fundamento, el contenido del anteproyecto es en términos generales meramente orientativo, no vinculante. Sin perjuicio de ello, no obstante, sí que existen determinados aspectos del anteproyecto que se incorporan al PCAP determinando características esenciales del contrato y condicionando las ofertas de los licitadores. En concreto, el valor estimado del contrato al que se refiere la cláusula 4 se establece en función de las previsiones de ingresos que se reflejan en el estudio económico y financiero. Y, de otra parte, en las cláusulas 16ª.b), referida a los Criterios evaluables mediante la aplicación de fórmula, y 35ª, sobre Tarifas, se recoge como coste mínimo unitario a respetar por las ofertas de los licitadores el de 1,980 €/m<sup>3</sup> calculado en el anteproyecto de explotación.



Así pues, los errores que pudieran existir en el anteproyecto de explotación a la hora de calcular este coste unitario de referencia repercuten de manera directa en las ofertas de los licitadores, debiendo entenderse que constituye materia revisable en esta vía, y asimismo la previsión de ingresos allí calculada se traslada a la determinación del valor estimado del contrato, con lo que nos encontramos aquí con aspectos que pueden ser cuestionados por la vía de este recurso especial.

Así las cosas, si examinamos bajo tal premisa el contenido del recurso, podemos realizar las consideraciones que siguen.

En primer lugar, se advierte con carácter general que, en todos los casos, los errores o incongruencias que se achacan al contenido del anteproyecto no aparecen suficientemente razonados por el recurrente. Así, no se detalla con la inexcusable precisión cuál sea el razonamiento que lleva a concluir que existe un error en el cálculo del coste unitario máximo ni tampoco en la previsión de ingresos determinante del valor estimado del contrato. A ello se suma el que, siendo el objeto del anteproyecto y del estudio de viabilidad contenido en el mismo el de ofrecer unos parámetros indicativos de referencia acerca de los ingresos y costes que idealmente pudieran generarse con el funcionamiento del servicio a lo largo de un año, lo que podría aquí cuestionarse sería el error aritmético o incongruencia en que hubiera incurrido el Ayuntamiento a la hora de calcular los distintos conceptos dentro del propio esquema asumido por el mismo, no ya la determinación de los presupuestos de que se parte en el diseño de la estructura del servicio, por las razones previamente apuntadas.

En este caso, al cuestionar tales datos, el recurrente se limita a reflejar las cifras que considera correctas sin concretar con el detalle preciso ni los específicos puntos del anteproyecto en los que se padecen los errores o contradicciones denunciados (haciendo referencia a apartados genéricos del mismo), ni tampoco el desarrollo de los cálculos que llevan a las cifras que se defienden como correctas, con lo que se imposibilita a este Tribunal la constatación de la realidad de los errores o contradicciones aludidos.



De otra parte, y en la misma línea, tampoco se precisa en el recurso la justificación de que efectivamente existe un error en la cifra de abonados ni se aporta el documento en que se sustenta la cifra que se defiende como correcta, aparte de que, insistimos, sería legítimo que el Ayuntamiento partiese aquí de una estimación razonable de la media de abonados que pudieran existir.

Por lo demás, el órgano de contratación se ha limitado en su informe a defender la inadmisibilidad de este recurso, sin aportar tampoco datos que permitan esclarecer las cuestiones que plantea el recurrente, sobre quien, no cabe dudarlo, recae la carga de razonar y justificar adecuadamente los motivos de impugnación que articula.

En esta tesitura, este Tribunal carece de datos a su disposición para, con el simple examen de los datos numéricos contenidos en el anteproyecto, poder llegar a la conclusión de que efectivamente concurren en el mismo todos o algunos de los errores o incongruencias denunciados. Ello no quita sin embargo para que pueda advertirse acerca de la conveniencia de que, en el proceso previo a la incoación de la nueva licitación, se compruebe por parte del Ayuntamiento, quien sin duda puede disponer de los medios precios para ello, si efectivamente pudiera existir alguno de los errores que aquí denuncia la UTE, para evitar que se trasladasen al nuevo Pliego a redactar en su caso.

Nos resta por analizar la crítica que se realiza por parte de la UTE acerca de los costes no incluidos adecuadamente en el anteproyecto. Sobre tal aspecto, en primer lugar, y por lo que se refiere a los costes de personal, reiteraremos aquí lo que ya razonábamos en la resolución del recurso 278/2014 ante el planteamiento de cuestión sobre este extremo.

Partíamos allí de lo indicado en el informe del órgano de contratación insistiendo acerca del carácter meramente orientativo de los costes reflejados en el estudio económico, al hilo de lo cual se apuntaba por el Ayuntamiento que: *“Existirán empresarios que prefieran mantener durante la vida de la concesión la totalidad de personal subrogado, otros por el contrario, que pretendan incentivar la jubilación anticipada, o no sustituir personal jubilado, la movilidad del personal a otros contratos, o que acuerden extinguir*





*la relación laboral. Toda esta estrategia de gestión de los recursos humanos también va en relación con la mayor o menor modernización tecnológica. En el estudio de costes aparece una partida específica: "Otros costes laborales (ajustes, movilidad, etc...)", precisamente para cuantificar los posibles costes de ajustes y reestructuración del cuadro de personal. Pero en todo caso el personal que tenga derecho a subrogación, figura, en un listado adjunto al Pliego de Condiciones Administrativas, y debe de ser subrogado por el nuevo contratista que resulte adjudicatario de la gestión del Servicio Público del Ciclo Integral del Agua".*

Y, teniendo presente lo anterior, señalábamos allí que una cosa es la indicación de personal del servicio que se hace en el anteproyecto de explotación, a los efectos de dar una mera orientación acerca de los costes de personal, con un alcance no imperativo, sin perjuicio de la libertad de los licitadores de conformar su propia estructura de costes a efectos de formular el estudio económico y financiero de su oferta (cláusula 14.4.3 del PCAP), y otra la mención en el PCAP, conforme a lo exigido por el art. 120 del TRLCSP, de la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida.

Junto a lo anterior, se cuestiona la falta de inclusión de los costes correspondientes a la tasa de ocupación del suelo, subsuelo y vuelo de las vías públicas, cuyo pago se impone por la cláusula 37.24 del Pliego, costes de gestión de la EDAR desde el 1 de julio de 2014 hasta el 1 de enero de 2015, y, por último, coste de Inspección y Auditorías externas, recogido en la cláusula 27 del Pliego.

Respecto de los costes de gestión de la EDAR por el periodo indicado, basta con tener presente que, como ha puesto de relieve el órgano de contratación, el coste del servicio se calcula en relación con un año en abstracto, lo que desmonta la alegación de la recurrente.

En cuanto al resto de costes mencionados, la falta de informe del órgano de contratación acerca del fondo de las alegaciones de la recurrente nos impide también aquí una valoración certera acerca de las mismas, al desconocerse si alguno de los



costes cuya ausencia en el estudio de viabilidad de denuncia pudieran encontrarse incluidos en los conceptos de carácter más general allí contemplados al recoger la estructura de costes. Debemos limitarnos pues a indicar, respetando el limitado objeto de este análisis de las alegaciones del recurrente, que en el cálculo de costes del estudio de viabilidad han de verse considerados el conjunto de los conceptos cuya asunción se impone al concesionario, bien de manera individualizada, bien por su inclusión en alguno de los conceptos generales que se contemplan.

**Sexto.** En definitiva, y atendiendo a cuanto se ha razonado, procederá inadmitir el recurso, sin perjuicio de las consideraciones realizadas en cuanto a las cuestiones que plantea el mismo.

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 resultar extemporáneo, el recurso interpuesto por D. J.L.G.I., en nombre y representación de la UTE AQUALIA GESTIÓN INTEGRAL DEL AGUA, S.A., y FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., U.T.E., Ley 18/1982 (CANGAS DE MORRAZO UTE), frente a los acuerdos del Ayuntamiento de Cangas de Morrazo de aprobación del anteproyecto de explotación, de la convocatoria del procedimiento de adjudicación y de los pliegos rectores del contrato de *“Gestión de los servicios públicos relacionados con el ciclo integral del agua: Abastecimiento, saneamiento y depuración, mediante la modalidad de concesión”*.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.



**Tercero.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, 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.