

RE 057/2012

Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por D. Eloy Suárez Lamata, en su condición de concejal del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, contra el procedimiento de licitación, promovido por dicho Ayuntamiento, denominado «Gestión del Servicio Público de Saneamiento y Depuración de aguas residuales de la ciudad de Zaragoza bajo la fórmula de Sociedad de Economía Mixta».

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 1 de agosto de 2012 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento de adjudicación denominado «Gestión del Servicio Público de Saneamiento y Depuración de aguas residuales de la ciudad de Zaragoza bajo la fórmula de Sociedad de Economía Mixta», contrato tramitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, con un valor estimado de 898.061.419,21 euros, IVA excluido.

El plazo de presentación de ofertas finalizaba a las 14:00 horas del día 17 de septiembre de 2012.

Consta en el expediente que el Gobierno de Zaragoza, con fecha 6 de septiembre de 2012, y a la vista de las aclaraciones solicitadas por diversas empresas en relación al contenido de los pliegos que rigen la licitación, acordó ampliar el plazo para la presentación de ofertas hasta las 14 horas del día 24 de septiembre de 2012, publicándose la ampliación de plazo en los mismos medios en los que fue publicada la licitación.

SEGUNDO. Con fecha 24 de septiembre de 2012, D. Eloy Suárez Lamata, en su condición de concejal del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, interpone en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) que rige la licitación del contrato denominado «Gestión del Servicio Público de Saneamiento y Depuración de aguas residuales de la ciudad de Zaragoza bajo la fórmula de Sociedad de Economía Mixta».

El licitador recurrente, anunció el mismo 24 de septiembre de 2012, al órgano de contratación la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

El recurso alega, en síntesis, y fundamenta a los efectos de esta resolución, lo siguiente:

- a) Mantiene y argumenta que el PCAP es recurrible por la vía del recurso administrativo especial, por entender que se refiere a un contrato de los relacionados en el artículo 40.1 TRLCSP, en concreto en el apartado c). Y ello pese a la declaración de improcedencia del recurso especial contenida en la cláusula 27 del PCAP, en base a no alcanzar los gastos de primer establecimiento el importe de 500.000 euros.
- b) Sostiene la legitimación del recurrente ex artículo 42 TRLCSP y 63 de la Ley 7/1995, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL), con cita y reproducción de jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.
- c) Defiende que el recurso se ha interpuesto en plazo, aplicando la doctrina contenida en Acuerdos de este Tribunal, que cita, relativos al *dies ad quem* cuando el acto impugnado es el Pliego.
- d) En cuanto al fondo del recurso, sostiene la falta de objeto determinado del contrato, con vulneración de los artículos 22 y 86.1 del TRLCSP. En concreto, la inclusión de prestaciones en el contrato totalmente desconectadas de su objeto principal; que el contenido «opcional» de las prestaciones consistentes en la ejecución de obras infringe ambos preceptos, y el incumplimiento de las condiciones para la tramitación anticipada de los expedientes de contratación.
- e) Deduce la falta de crédito adecuado y suficiente para hacer frente a los compromisos económicos derivados de la ejecución del contrato.
- f) Considera injustificada la exigencia del requisito de constitución de una garantía provisional para participar en el procedimiento de adjudicación.

- g) Entiende ilegal la exclusión de la posibilidad de que los licitadores puedan, en su caso, subsanar las deficiencias de la documentación administrativa.
- h) Sostiene el incumplimiento del principio de adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa, recogido en el artículo 1 TRLCSP. En concreto, por una incorrecta configuración de los criterios de adjudicación por falta de vinculación al objeto del contrato y por la nulidad de los criterios: “*canon anual a favor del Ayuntamiento de Zaragoza, al alza*”, “*ejecución de las obras de la estación depuradora para los barrios de Casetas, Garrapinillos y Villarrapa*” y “*ejecución de las actuaciones vinculadas al saneamiento que cuentan con proyecto municipal*”.
- i) Aprecia arbitrariedad en la aplicación de las fórmulas de valoración de los criterios de valoración de las ofertas técnicas, por indefinición de los parámetros con arreglo a los cuales se valorarán las proposiciones técnicas presentadas y por la configuración de las mejoras como criterio de adjudicación.
- j) Por último, entiende que el PCAP incumple las condiciones exigidas por el TRLCSP para la previsión de supuestos de modificación del contrato.

Por todo lo alegado, solicita que se anule el PCAP y, como medida provisional, se acuerde formalmente la suspensión del expediente de contratación hasta que recaiga resolución definitiva sobre el recurso.

TERCERO. Por Resolución 10/2012, de 25 de septiembre de 2012, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se resolvió la petición de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por el recurrente en el recurso especial interpuesto, en el sentido de acordar la misma, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 43 TRLCSP, valorando el Tribunal las circunstancias que concurren en el procedimiento, el alcance y extensión del recurso, y con el fin de garantizar la eficacia del objeto de la reclamación.

La Resolución señala expresamente que la suspensión, de conformidad con la previsión del apartado 4 del referido artículo 43 TRLCSP no afecta, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados, que ha sido ampliado hasta el 9 de octubre de 2012 por la interposición del recurso especial, según información del perfil de contratante del Ayuntamiento.

CUARTO. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón solicita el 25 de septiembre de 2012 el expediente y el informe al que hace referencia el artículo 46.2 TRLCSP, que tienen entrada en el Tribunal el 28 de septiembre de 2012.

QUINTO. El informe del órgano de contratación al recurso consta de dos documentos, el primero, denominado “*Enumeración sucinta de hechos, disposiciones*

aplicables, motivación de la decisión y procedimiento de selección: procedimiento abierto”, en el segundo, denominado «*Alegaciones que presenta el Ayuntamiento de Zaragoza en el recurso especial en materia de contratación pública 57/2012 formulado por el Concejal D. Eloy Suárez Lamata*», únicamente se defiende:

a) La inadmisión del recurso, por considerar que no estamos ante un contrato sujeto a regulación armonizada, dado que las Directivas configuran el recurso especial únicamente para contratos sometidos a su ámbito. En concreto se defiende, con diversos argumentos, un concepto de «gastos de primer establecimiento» del que se infiere que los derivados del contrato no alcanzan el límite legal mínimo de 500.000 euros para posibilitar el acceso al recurso especial.

b) La inadmisión del recurso por falta de legitimación del recurrente, abogando por una interpretación restrictiva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la legitimación del artículo 42 TRLCSP; por el hecho de considerar que el recurso no está defendiendo interés general alguno, sino una mera defensa de la legalidad; y por razón de que la jurisprudencia ha dejado clara la existencia de evidentes limitaciones para accionar por parte de los concejales de un municipio.

c) La inadmisión derivada de la extemporaneidad del recurso ex artículo 44.2 TRLCSP. Y ello por entender que al no hallarnos ante un contratista, sino ante un Concejal del Ayuntamiento, pudo tener y tuvo conocimiento de las bases desde el momento en que fueron aprobadas el 25 de julio de 2012, de conformidad con lo prevenido en el artículo 138.3 del Reglamento Orgánico Municipal. Se argumenta asimismo que en una actuación de tanta trascendencia para el municipio, no es racionalmente comprensible que los concejales no ejercitaran el derecho al conocimiento de los Pliegos el mismo día en que pudieron hacerlo y, de otra parte, que la jurisprudencia –que citan–, mantiene la regla de que en la impugnación de acuerdos plenarios por parte de los Concejales, la fecha de comienzo del cómputo del plazo no es la de notificación, sino la de la celebración de la sesión plenaria.

Por todo lo expuesto, se solicita la inadmisión del recurso en base a los fundamentos que, en resumen, se han expuesto, «*sin entrar a conocer de los motivos de fondo que resultan plasmados en el mismo*».

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En cuanto al sometimiento del contrato al recurso especial, en principio debe ponerse de manifiesto que el contrato de gestión de servicio público no es un contrato sujeto a regulación armonizada. Si lo es, siempre, el contrato

de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado, al que alude el Informe del Ayuntamiento con expresa referencia a la Disposición Adicional 29ª TRLCSP, y a 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), de 12 de abril de 2008. Y parece deducirse del informe municipal, y de todos los antecedentes de la licitación, que éste es el tratamiento jurídico que el Ayuntamiento ha dado al procedimiento, incluyendo la publicación de la licitación en el DOUE.

De calificarse el contrato como modalidad de CPPI en aplicación del artículo 11 y 18 TRLCSP, tiene la condición de contrato armonizado en todo caso y es susceptible recurso especial, de acuerdo con el artículo 40.1 a) TRLCSP.

Los contratos de gestión de servicios públicos son susceptibles de recurso especial, previo a la interposición del contencioso administrativo, cuando 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, no porque sean contratos sujetos a regulación armonizada, sino porque el legislador español los ha incluido en el ámbito del recurso.

Tanto el escrito de interposición del recurso, como el escrito de alegaciones que presenta el Ayuntamiento de Zaragoza, centran parte de su argumentación en el presupuesto de gastos de primer establecimiento. El recurrente, para afirmar que dicho presupuesto excede del importe de 500.000 euros y en consecuencia el contrato es susceptible de recurso especial. Y el Ayuntamiento de Zaragoza, para negar que el presupuesto de gastos de primer establecimiento alcance la mencionada cuantía y, en su consecuencia, negar que el contrato sea susceptible de recurso especial.

En cualquier caso es evidente, y se acepta de consuno, que el plazo de duración del contrato excede ampliamente de los cinco años. De manera que se da uno de los presupuestos que hace al contrato susceptible de recurso especial.

El TRLCSP utiliza el concepto presupuesto de gastos de primer establecimiento en tres ocasiones. En el artículo 40.1.c) para establecer un límite a partir del cual pueden ser objeto de recurso especial los contratos de gestión de servicios públicos; en el artículo 154, a efectos de señalar la obligatoria publicidad de su formalización cuando iguallen o superen los 100 000 euros; y, por último, en el artículo 172 b) como techo o límite máximo para poder utilizar el procedimiento negociado, por razón de la cuantía, para su adjudicación.

No existe, sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico de la contratación pública ninguna referencia específica a la regulación de qué debe entenderse por presupuesto de gastos de primer establecimiento. Esta ausencia o carencia normativa, motiva la necesidad de realizar una labor interpretativa para

averiguar la voluntad de legislador al hacer depender, de la cuantificación de dicho presupuesto, notables consecuencias jurídicas.

Se alega, de la parte municipal, que debe acudir a la normativa contable para determinar cuáles son los gastos de primer establecimiento, ya que el TRLCSP utiliza este concepto en sentido contable. Y para apoyar tal afirmación, se aportan y citan determinadas referencias legales a la normativa contable, consultas e informes –entre ellos el Informe de la Junta Consultiva de Contratación de Galicia de 11 de junio de 2008–. Y se parte de la equiparación de presupuesto de gastos de primer establecimiento a los gastos que resultan indispensables para crear una empresa.

Este Tribunal considera, sin embargo, que no puede equipararse el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento, a que se refiere el TRLCSP, con el concepto contable que se contenía en la normativa contable anterior (actualmente derogada), por varias razones.

En primer lugar porque la normativa contable actual (vigente) no regula los gastos de primer establecimiento. De manera que no puede integrarse el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento de la normativa contractual, apelando a una normativa contable derogada. Para atender al criterio contable deberíamos acudir a la normativa precedente, pues el actual Plan General de Contabilidad (PGC/2007), aprobado mediante Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, al ordenar que la contabilización de los gastos de establecimiento se realice con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias como gastos del ejercicio en el que se incurran, elimina la especificidad prevista en los dos planes anteriores hoy derogados (1973 y 1990) para los gastos de primer establecimiento, y con ello toda referencia a su tratamiento particular.

En segundo lugar, porque si hubiese de acudir a la normativa del Plan General de Contabilidad de 1990 (aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 29 de diciembre, hoy derogado), como mantiene el Ayuntamiento, únicamente se considerarían gastos de primer establecimiento los gastos necesarios hasta que la empresa inicie su actividad productiva, al establecerse aquélla o con motivo de ampliaciones de su capacidad: honorarios, gastos de viaje y otros para estudios previos de naturaleza técnica y económica; publicidad de lanzamiento, captación, adiestramiento y distribución de personal, etc., ocasionados con motivo del establecimiento. Tales gastos de establecimiento, que debían amortizarse sistemáticamente en un plazo no superior a cinco años (todo ello de acuerdo con la definición de la cuenta 201, en relación con la norma de valoración 6^a), eran gastos intangibles, como se señala tanto en la legislación contable precedente y en la Norma Internacional de Contabilidad número 38 (NIC 38). En consecuencia, no se trataba, en ningún caso de gastos imprescindibles y absolutamente necesarios para iniciar una empresa: edificios, obras, maquinaria, etc. (que formarían

parte del activo material). Por este motivo, estos gastos, tomados desde la perspectiva estrictamente contable, carecen de relevancia. De manera que, de aplicar tal concepto contable, nunca o casi nunca, se alcanzarían las cuantías a las que se refiere el TRLCSP, de donde resultaría que a los contratos de gestión de servicios públicos les estaría vedado el recurso especial (y, a contrario *sensu*, se podrían adjudicar prácticamente todos los contratos de gestión de servicios públicos por el procedimiento negociado, pues casi nunca alcanzarían esa cifra de 500.000 euros), y no parece que esa sea la voluntad del legislador.

En tercer lugar, porque no es posible afirmar que el legislador de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, atendiese al concepto de gastos de primer establecimiento del Real Decreto 1643/1990, de 29 de diciembre, de manera que tal concepto se asentase sobre el concepto contable de gastos de primer establecimiento. Entre otras razones, porque el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento aparece, al menos ya, en el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, que establecía en su artículo 69, que los contratos de gestión de servicios se adjudicarían ordinariamente mediante concurso, pudiendo, no obstante, adjudicarse directamente cuando su presupuesto de gastos de primer establecimiento no se previera superior a 1.500.000 pesetas ni su plazo de duración fuera superior a dos años. De manera que puede afirmarse que el concepto legal, de presupuesto de gastos de primer establecimiento, nace bastante antes de que se hubiese dictado la primera disposición legal normalizadora de la contabilidad.

En cuarto lugar, y finalmente, porque si se admitiese que el TRLCSP alude al concepto contable de gastos de primer establecimiento tendríamos que concluir que el órgano de contratación no podría establecer, ni conocer su cuantía y alcance, pues dichos gastos son diferentes para cada licitador, en función de las circunstancias de cada empresa, de donde vendría a resultar que la posibilidad de recurso especial en los contratos de gestión de servicios públicos, la posibilidad de su adjudicación mediante procedimiento negociado, e incluso la publicidad de su formalización, dependería de un dato incierto, aleatorio y ambiguo. Y, no es posible entender que el legislador anude consecuencias jurídicas de tanta relevancia a un concepto tan impreciso.

El recurrente, por su parte, y con fundamento en la Resolución 30/2011, de 29 de junio, del Tribunal Administrativo de la Comunidad Autónoma de Madrid –de la que parece deducirse que determinadas inversiones son gastos de primer establecimiento–, considera que el contenido del presupuesto de gastos de primer establecimiento viene determinado en el estudio económico que debe preceder a la celebración de todo contrato de gestión de servicios públicos. En consecuencia, y a la vista del Estudio económico financiero para la modificación del modo de gestión del servicio de saneamiento y depura-

ción de Zaragoza de 10 de julio de 2012, sostiene el recurrente que el presupuesto de gastos de primer establecimiento supera ampliamente los 500.000 euros que fija el artículo 40.1.c) TRLCSP.

A juicio de este Tribunal, el origen del concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento se encuentra en el artículo 126.2 y 129.2 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Ambos preceptos han sido recogidos, casi con idéntica transcripción literal, en los artículos 274.2 b) y 280.3 del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón (en adelante RBASO).

En particular el artículo 274.2 b) RBASO prevé que la retribución económica del concesionario cuyo equilibrio, de acuerdo con las bases tenidas en cuenta para su otorgamiento, deben mantenerse en todo caso, en función de la necesaria amortización, durante el plazo de aquélla, del «*coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho*», de los gastos de explotación y del beneficio industrial normal.

Y el artículo 280.3 RBASO se refiere al «*coste del establecimiento del servicio*», a la hora del cálculo de la retribución prevista para el concesionario. De donde cabe deducir, que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, a que se refiere el TRLCSP, está formado por todos aquellos necesarios para poner en funcionamiento el servicio público, que deben diferenciarse de los gastos de explotación. Sin ánimo de una lista exhaustiva, pueden citarse como conceptos a incluir los siguientes: gastos en obra de inversión que corran a cargo del contratista, gastos en instalaciones nuevas o de reposición existentes, inversión en maquinaria de todo tipo, etc. Es decir, se incluyen las inversiones precisas para poner en funcionamiento el servicio público, excluyendo los gastos de explotación futuros y las inversiones futuras.

Además, a juicio de este Tribunal, cabe argumentar que cuando la ley establece los importes requeridos a los contratos para ser objeto de recurso especial, se advierte que no es intención del legislador generalizar el recurso especial, sino reservarlo para aquellos contratos que tienen cierta importancia económica y, para ello, con carácter general, se remite, directa o indirectamente, a su valor estimado, es decir, al importe total susceptible de ser satisfecho por la Administración al contratista –lo que la Administración va a pagar por lo que recibe, incluyendo los posibles modificados y prórrogas–. Y, en definitiva, hay una conexión entre la posibilidad de recurso y el importe de lo que se recibe a precios de mercado. Sin embargo, frente al valor estimado como referente a tomar en cuenta en los contratos sujetos a regulación armonizada para ser objeto de recurso especial, en el caso de los contratos de gestión de servicios públicos el

TRLCSP establece una norma especial, la del presupuesto de gastos de primer establecimiento (igual o superior a 500.000 euros) como parámetro para abrir la vía del recurso especial, en lugar del valor estimado del contrato.

Esta especialidad del contrato de gestión de servicios públicos, responde a las peculiaridades del propio contrato. En primer lugar porque en el contrato de gestión de servicios públicos la prestación la recibe el usuario, o los usuarios –casi nunca la Administración–, a lo largo de un tiempo normalmente muy dilatado. En segundo lugar, porque la estimación del coste de la prestación del servicio público, se realiza en términos financieros relacionando un conjunto de datos reales (inversiones a realizar de manera inmediata, canon concesional, plazo... etc.) junto con diferentes hipótesis razonables, algunas realizadas a muy largo plazo, relativas a inversiones futuras, ingresos y gastos previsibles, modificación de las tarifas, inflación estimada, intereses financieros... etc. Y precisamente por ello, el legislador ha buscado una mayor concreción y ha utilizado el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento, habitual en la normativa local de servicios públicos. Concepto que, como ya se ha señalado, difiere notablemente del tecnicismo contable, y cuya determinación y cuantificación debería venir dada en el anteproyecto de explotación que, con carácter preceptivo, exigen el artículo 133.2 TRLCSP y el artículo 183.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En consecuencia, y a la vista del conjunto de inversiones precisas para el establecimiento del servicio público de saneamiento y depuración de aguas residuales de la ciudad de Zaragoza, cuyo importe supera con creces el mínimo legal de 500.000 euros, y su prestación bajo la fórmula de Sociedad de Economía Mixta, hay que concluir que el contrato es susceptible de recurso especial en aplicación de lo dispuesto en el artículo 40.1 c) TRLCSP.

SEGUNDO. Alega el Ayuntamiento de Zaragoza, a modo de excepción procesal, la falta de legitimación del recurrente, porque entiende que su fundamentación en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la legitimación de los miembros de las Corporaciones Locales para impugnar en vía Contencioso-administrativa los acuerdos de aquellas de las que forman parte –que tiene su origen en la Sentencia 173/2004, de 18 de octubre, invocada en el recurso–, no resulta aplicable al recurso especial en materia de contratación. A su entender, el artículo 42 TRLCSP diseña un sistema de legitimación adicional, específico y distinto al de los demás recursos administrativos, pensado fundamentalmente para los contratistas, aunque pueden igualmente formularlo terceros perjudicados o afectados, que debe ser objeto de una interpretación restrictiva. Por ello el Concejal

recurrente carecería de legitimación, porque no puede considerarse perjudicado o afectado a título particular, y no concreta el interés público o de la ciudad que dice defender, ni qué beneficio pretende obtener más allá de la mera defensa de la legalidad.

El TRLCSP ha optado por un régimen de legitimación amplio, reconociendo en su artículo 42 que estarán legitimados para la interposición del recurso todas las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Esto significa, a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado donde es exigible como título legitimador un derecho subjetivo afectado, que basta el interés legítimo para tener legitimación procesal en vía de recurso especial. Esta amplitud de legitimación es consecuencia directa de la dimensión pública de la actividad administrativa. Y es que el carácter vicarial de toda Administración pública ex artículo 103 CE habilita la legitimación a la revisión de su actuación a toda persona sobre quien, de forma directa o indirecta, incide esa actividad pública.

En consecuencia, la legitimación contemplada en el artículo 42 TRLCSP, no se refiere únicamente a los licitadores, sino a cualquier persona física o jurídica cuyos intereses se vean afectados o perjudicados por la decisión impugnada. Resultan aplicables las cláusulas generales sobre legitimación, lo que implica un necesario abandono de la jurisprudencia más restrictiva en torno a la legitimación en materia de contratación.

Esta conclusión resulta avalada por la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta materia que, lógicamente, debe ser utilizada como parámetro interpretativo por todo operador jurídico, sin que proceda, como argumenta el Ayuntamiento, cuestionar y delimitar, de forma restrictiva, el alcance de la misma. El principio de seguridad jurídica y de predictibilidad de las decisiones jurídicas obliga a la aplicación de dicha doctrina, sin que sea este el foro para opinar o debatir sobre las consecuencias prácticas de la misma, ni cuestionar su acierto.

Por ello, frente a lo que alega el Ayuntamiento, hay que poner de manifiesto, que el Tribunal Constitucional viene defendiendo en relación con la apreciación de legitimación que, al reconocer el artículo 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, está imponiendo la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a atribuir legitimación activa para acceder a los procesos administrativos o judiciales, sin que proceda, como argumenta el Ayuntamiento, cuestionar y delimitar de forma restrictiva, el alcance de la misma.

Se exige, pues, una interpretación de los trámites formales de un modo que no conduzca a una decisión de inadmisión que, por su rigorismo, por su forma-

lismo excesivo, o por cualquier otra razón, resulte desproporcionada en la apreciación del equilibrio entre los fines que aquellas normas pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso (por todas, Sentencias 220/2001, de 31 de octubre, FJ 4; 3/2004, de 14 de enero, FJ 3; 73/2004, de 22 de abril, FJ 3; y 73/2006, de 13 de marzo, FJ 4).

En concreto, por lo que se refiere a la legitimación activa para recurrir –ya sea ante la Administración o ante órganos jurisdiccionales– el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro, pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real. Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta (por todas, Sentencias 52/2007, de 12 de marzo, FJ 3 y 119/2008, de 13 octubre).

Existe, pues, un concepto amplio de legitimación para poder utilizar los mecanismos de recursos administrativos y jurisdiccionales y, por supuesto, del recurso especial en materia de contratación, como ya se ha admitido en nuestros Acuerdos –Acuerdo 36/2012, de 21 de agosto y Acuerdo 38 /2012, de 10 de septiembre–, siempre con el límite de no habilitar una acción pública justificada en el derecho formal a la defensa de la legalidad, en tanto tal acción no encuentra en estos momentos apoyo legal. Interpretación similar es la mantenida por otros órganos de recursos contractuales. Así, la Resolución 122/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y en el mismo sentido la Resolución 11/2011 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Asimismo, al lado de la legitimación general basada en un «interés legítimo», el TC desde la Sentencia 173/2004, de 18 de octubre, ha mantenido reiteradamente que por lo que se refiere a los miembros de las corporaciones locales, *«existe una legitimación ex lege, que conviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el Ordenamiento jurídico. No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto –inclusive puede hablarse de una obligación– de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 de la mencionada Ley reguladora de las bases del régimen local.*

Esta otra fuente o modalidad de título legitimador, expresamente utilizada por el recurrente en su escrito, independiente del derivado del régimen general –y por tanto no sujeto a la existencia de un interés caracterizado como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de la que resulta para aquél una ventaja o utilidad jurídica en sentido amplio [...] encaja claramente en un interpretación conjunta de los arts. 20 a) LJCA y 63.1 b) LBRL»

Por lo que concluye el TC «*que el concejal, por su condición de miembro –no de órgano– del Ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido «mediante sufragio universal, libre, directo y secreto» de los vecinos (art. 19.2 LBRL en relación con los arts. 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general), está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación».*

Esta doctrina del Alto Tribunal, consolidada por las sentencias 108/2006, de 3 de abril y 210/2009, de 26 de noviembre, reconoce, pues, una cobertura constitucional a los miembros de las corporaciones locales para el ejercicio adecuado del *ius officium* del que son titulares, de manera que dicha potestad se pueda ejercer sin trabas ante los órganos judiciales cuando su actuación está dirigida a la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal a la que representan, como es la de procurar que el ente local adecue su funcionamiento al ordenamiento jurídico.

Esta línea interpretativa, frente a lo que alega el Ayuntamiento citando jurisprudencia anterior al 2004, ha sido asumida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de Octubre de 2009 (recurso 27/2007), que avala a concejales y diputados para impugnar los actos de los entes locales respectivos sean dictados por los órganos colegiados de que forman parte o por los órganos unipersonales. Idéntica doctrina se contiene en la STS de 10 de mayo de 2012 (recurso 3597/2012) afirmando que existe una legitimación *ex lege*, que conviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el ordenamiento jurídico, no tratándose de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan los diputados de una Diputación y los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto –inclusive puede hablarse de una obligación– de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como pri-

mera competencia, asigna a los Municipios el artículo 25.1 de la mencionada LBRL, desprendiéndose esa otra fuente o modalidad de título legitimador de una interpretación conjunta de los artículos 20 a) LJCA y 63.1 b) LBRL.

Esta legitimación especial de los miembros de las corporaciones locales resulta aplicable no solo en vía contencioso-administrativa, sino también a los recursos administrativos de acuerdo con el principio general del Derecho *qui potest plus, potest minus*, además de que deben considerarse los efectos negativos que tendría aplicar unos criterios de legitimación más restrictivos en el ámbito administrativo que en el de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. De la propia redacción literal del artículo 63 LBRL se desprende que la legitimación reconocida a los miembros de las corporaciones locales lo es no solo para acudir a la jurisdicción contenciosa, sino para interponer cualquier tipo de recurso administrativo, o ejercer cualquier acción.

Así lo admite, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 4 de septiembre de 2006, que entiende que un Concejal de un Ayuntamiento que no pertenece a su Comisión de Gobierno, y que por tanto no puede votar en contra de los Acuerdos de aquella o abstenerse en las correspondientes votaciones, está legitimado para impugnar tanto en vía administrativa como en la jurisdiccional los referidos Acuerdos.

La legitimación en el recurso especial en materia de contratación no puede apartarse de la que se reconoce para los recursos ordinarios, de reposición y alzada, pues comparte con ellos la misma naturaleza administrativa, eso sí, con unas garantías reforzadas de celeridad e independencia, con objeto de que las posibles infracciones legales que se produzcan en los procedimientos de selección puedan tener una respuesta eficaz. Aunque la doctrina emanada de los órganos competentes para conocer del recurso especial aun no es muy extensa, ya se han producido resoluciones que avalan la legitimación de los miembros de una corporación local en esta vía, así la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 2/2012, de 18 de enero.

Como se ha puesto de manifiesto, se trata de una legitimación específica reconocida a los miembros de las corporaciones locales *ope legis*, que en ningún caso puede suponer, como teme el alegante que se pueda extender a todos «*aquellos que como miembros, servidores, funcionarios o trabajadores laborales, integrados, pertenecientes, vinculados o dependientes de las Administraciones y organizaciones públicas, discrepen o disientan de la decisión*».

En conclusión debe estimarse que el recurrente, en su condición de concejal, tiene legitimación para impugnar mediante recurso especial ex artículo 42 TRLCSP y 63 LBRL los Pliegos que rigen esta licitación, aprobados por un órgano del que no forma parte y, por ello, sobre los que no pudo expresar su voto con-

trario, en defensa de los intereses que representa, y desde la propia singularidad de un contrato complejo, en el que la configuración del Pliego –fundamentalmente en lo que se refiere al objeto del contrato, sus posibles modificaciones y los criterios de adjudicación–, puede condicionar la posibilidad de que se satisfagan los intereses generales de la ciudad y de los ciudadanos a obtener unos servicios públicos de calidad prestados de forma eficiente.

TERCERO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, cuando se impugnan pliegos, dispone el artículo 44.2.a) TRLCSP que es de quince días hábiles contados a partir del 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 esta Ley.

El Acuerdo 19/2011, de 11 de agosto de 2011, de este Tribunal, citado por el recurrente en su escrito, tiene sentado que cuando el acceso a los pliegos, como ocurre el presente recurso, se facilite por medios electrónicos, concretamente a través del perfil de contratante, y no conste que se haya hecho notificación expresa a los interesados (en cuyo caso el plazo de 15 días hábiles comenzará a contar desde el día hábil siguiente a este momento), debe entenderse, como considera el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC), *«que el plazo de interposición del recurso no puede comenzar a computarse sino a partir de la fecha en que concluye el de presentación de las proposiciones por parte de los licitadores, y ello porque cuando el artículo 314.2, letra a) [artículo 44 TRLCSP] se refiere a la cuestión lo hace mencionando el artículo 142 de la LCSP [artículo 158 TRLCSP], el cual se refiere a la obligación que incumbe a los órganos de contratación de suministrar los pliegos y demás documentación complementaria a quienes lo solicitaran, pero sin hacer mención alguna al supuesto contrario. En concreto el citado precepto establece que «cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas». La aplicación de este precepto en relación con el 314.2 [artículo 44 TRLCSP] nos llevaría a entender que el plazo para interponer el recurso cuando el pliego no se haya facilitado por medios electrónicos comenzará a partir de la fecha en que se hayan recibido éstos por el interesado que los solicitó, fecha que muy bien puede coincidir o incluso ser posterior a la de finalización del plazo de presentación de las proposiciones. Precisamente por ello, debe entenderse con respecto a aquellos supuestos en que los pliegos y demás documentación complementaria se haya puesto a disposición de los posibles licitadores a través del perfil de contratante debe aplicarse analógicamente el citado precepto».*

Mantiene el Ayuntamiento de Zaragoza la extemporalidad del recurso por entender que al no hallarnos ante un contratista, sino ante un Concejal del Ayuntamiento, éste pudo tener y tuvo conocimiento de las bases desde el momento en que fueron aprobadas el 25 de julio de 2012, de conformidad con lo prevenido en el artículo 138.3 del Reglamento Orgánico Municipal. Se argumenta asimismo que, en una actuación de tanta trascendencia para el municipio, no es racionalmente comprensible que los concejales no ejercitaran el derecho al conocimiento de los Pliegos el mismo día en que pudieron hacerlo, ejercitando el derecho que les reconocen los artículos 77 LBRL y 14 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades locales (en adelante ROF) y, de otra parte, que la jurisprudencia –que citan–, mantiene la regla de que en la impugnación de acuerdos plenarios por parte de los Concejales, la fecha de comienzo del cómputo del plazo no es la de notificación, sino la de la celebración de la sesión plenaria.

Entiende este Tribunal que en el supuesto concreto, en la medida en que la aprobación del PCAP no proviene de un órgano colegiado del que el recurrente forme parte, y no se produce la notificación de la misma, que determinaría el inicio del plazo para su impugnación, habría inicialmente que atender al momento en el que, por la posición política que ocupa, ha tenido conocimiento suficiente de su contenido por otros medios –en este caso consulta del expediente– para fijar el cómputo del «*dies ad quem*» desde ese momento.

No cuestiona este Tribunal que el Concejal recurrente tuvo, o pudo tener, cumplido conocimiento del contenido de los Pliegos –y en concreto del PCAP que ahora se impugna– desde el mismo momento de la adopción, por la Junta de Gobierno Local el 25 de julio de 2012, del Acuerdo por el que se aprobó el expediente de contratación y los Pliegos de la licitación, al amparo del derecho reconocido en términos genéricos en los artículos 77 LBRL y 14 del ROF y específicos en el artículo 138.3 del Reglamento Orgánico Municipal, cuando señala. «*Los expedientes relativos a los acuerdos adoptados por la Junta de Gobierno Local podrán consultarse por todos los miembros de la Corporación después de la finalización de las sesiones, en la Oficina de apoyo a la Junta de Gobierno Local y al Concejal-Secretario de la misma o, una vez devueltos, en el Servicio responsable de su tramitación*».

Lo que es también incuestionable es que el propio PCAP en su cláusula 27 «REGIMEN DE RECURSOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN» declara:

«*El artículo 40.1 c) del TRLCSP excluye de la admisibilidad del recurso especial en materia de contratación en caso de contratos de gestión de servicios públicos cuyos gastos de primer establecimiento sean inferiores al importe de*

500.000 euros y (de forma acumulativa) su plazo de duración sea superior a 5 años de duración.

En el supuesto del contrato de gestión de servicio público de saneamiento y depuración de aguas de la ciudad de Zaragoza, en modalidad de Sociedad de Economía Mixta, que se licita a través del presente procedimiento, el importe de dichos gastos de primer establecimiento no ascienden de modo alguno del importe de 500.000 euros, por lo que no procede la interposición del citado recurso especial en el marco del presente procedimiento de licitación.

Ello no obstante, los interesados podrán interponer los recursos administrativos que procedan con arreglo a la LRJ-PAC de 26 de noviembre de 1992, frente a aquellos actos definitivos o de trámite cualificados que se dicten en el procedimiento de licitación».

A estos efectos, la jurisprudencia en que funda su pretensión de extemporabilidad el Ayuntamiento de Zaragoza no puede aplicarse al supuesto concreto, ya que el propio PCAP, al declarar tajantemente la improcedencia del recurso especial en materia de contratación, generó para cualquier interesado una evidente confusión respecto de los mecanismos de tutela aplicables, lo que contraviene la doctrina del TJUE que exige que los plazos sean claros, evitando incertidumbres al respecto (STJUE de 28 de enero de 2010, Asunto Comisión/Irlanda). Y en este sentido resultaría de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en sus Sentencias de 16 de marzo de 2001 y 7 de febrero de 2007, que considera que la doctrina general del cómputo de plazo desde la adopción del acuerdo no se aplica si existe quiebra del principio de confianza legítima en relación con la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, que es lo que se produce en el supuesto planteado, y que determina la aplicación del criterio general de cómputo de plazo previsto para cualquier interesado en la impugnación de Pliegos.

Pues bien, aplicando al caso presente la fundamentación anterior, debe concluirse que el recurso fue presentado dentro de plazo, toda vez que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo establecido para presentar las ofertas (24 de septiembre de 2012). Plazo, por lo demás, posteriormente ampliado por el Ayuntamiento.

CUARTO. Entrando en el fondo del asunto, resultan necesarias unas precisiones de carácter previo.

La normativa de aplicación es en todo caso el TRLCSP, en tanto el poder adjudicador es una Administración Pública, por lo que no se aplica 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. El artículo 5 de esta Ley así lo declara de forma expresa: «*Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley*

los contratos que celebren los entes, organismos y entidades que, con arreglo al artículo 3.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, tengan la consideración de Administraciones Públicas, que se regirán por la mencionada Ley, en todo caso y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 de esta Ley, si bien los interesados podrán utilizar el procedimiento de conciliación regulado en el Capítulo IV del Título VII».

Como ya se ha puesto de manifiesto, el Ayuntamiento de Zaragoza ha declinado expresamente formular en el trámite procedimental oportuno cualquier tipo de observación sustantiva sobre los motivos del recurso. Y el carácter especial de este recurso, como se advirtiera ya en nuestra Resolución 5/2011, de 12 de julio, impide reabrir un nuevo trámite a tal fin. Aunque de tal planteamiento bien pudiera pensarse que se trata de un supuesto de allanamiento a las cuestiones de fondo, y que, en todo caso, tal opción limita el carácter contradictorio inherente a todo procedimiento de reclamación, este Tribunal analizará los motivos de ilegalidad alegados por el recurrente, haciéndolo de forma agrupada atendiendo a la interconexión de fundamentos.

QUINTO. Uno de los motivos principales del recurso, con distintas observaciones y alegaciones en el escrito del recurrente, es la falta de definición del objeto del contrato, lo que puede alterar las reglas y principios inherentes a toda licitación pública.

Para poder resolver dicha alegación conviene, aun sucintamente, describir las principales características del contrato recurrido, que se encuadra en lo que es una colaboración público-privada institucional, que se encuentra ahora regulada –tras su inclusión en la Ley 2/2011, de Economía Sostenible–, en la Disposición Adicional 29 TRLCSP:

«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 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.

2. Sin perjuicio de la posibilidad de utilizar medios de financiación tales como emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos, las sociedades de economía mixta constituidas para la ejecución de un contrato público previstas en esta disposición adicional podrán:

a) Acudir a ampliaciones de capital, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación salvo que hubiera estado prevista en el contrato.

b) Titulizar los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato cuya ejecución se le encomiende, previa autorización del órgano de contratación, cumpliendo los requisitos previstos en la normativa sobre mercado de valores».

En este supuesto, con el fin de no quebrantar el derecho comunitario, debe aplicarse la normativa de contratación pública para licitar la venta de las acciones con adecuada transparencia y concurrencia para la creación de una sociedad de economía mixta, pues lo contrario podría suponer una discriminación indirecta, tal y como ya pusiera de relieve la STJCE de 5 de diciembre de 1989. Por ello, no es posible la venta directa del accionariado, ni tampoco la aplicación de la normativa patrimonial por ser de aplicación preferente el TRLCSP. Una cuestión similar fue resuelta por el TJCE mediante la Sentencia de 15 de octubre de 2009, en el Asunto C 196/08, Acoset SpA contra Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa y otros.

En esta sentencia –siguiendo las Conclusiones del Abogado General– se advierte que el supuesto encaja en la figura del CPPI, declarando que los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE (ahora 49, 56 y 106 TFUE) no se oponen a que se adjudique directamente un servicio público que exija la realización previa de ciertas obras 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. Se opta, en definitiva, por el sistema de única licitación.

La Comunicación citada sobre las CPPI advierte 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». Por tanto, la validez material de las CPPI se acota por la equidad y por la previsión, de forma que todos los licitadores, manifiestos o latentes, tengan acceso a una información adecuada sobre el proyecto del poder adjudicador de crear la entidad de capital mixto para confiarle un contrato público o una concesión.

Esto obliga, además de a la aplicación de los procedimientos de licitación contenidos en el TRLCSP, al respeto a los principios de igualdad de trato efectiva, siendo imprescindible una adecuada delimitación del objeto de este complejo negocio jurídico público. El socio privado se debe seleccionar mediante

un procedimiento de licitación pública, tras la verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión, así como de las características de su oferta, en cuanto al servicio que ha de ejecutarse; el socio privado debe asumir, como industrial, la ejecución del servicio y de las obras; y esa licitación debe ser conforme al principio de la libre competencia y respetar la transparencia y la igualdad de trato exigidas por el derecho comunitario para las concesiones y, en su caso, las reglas de publicidad y de adjudicación de la contratación pública. Obviamente, junto con la descripción de las prestaciones que hayan de ser objeto de encargo a la entidad mixta es necesario también que las condiciones de selección del socio estén claramente establecidas en el momento de anunciar la licitación del contrato o de la concesión. Estas condiciones no deben comportar discriminación, ni constituir un obstáculo injustificado a la libre prestación de servicios o a la libertad de establecimiento, ni implicar obligaciones desproporcionadas en relación con el objetivo que se pretende alcanzar.

En el marco de una operación de colaboración institucional entre el sector público y el sector privado, esta obligación implica, según la Comisión, que la entidad adjudicadora incluya en el anuncio de licitación, o en el pliego de condiciones, la información fundamental sobre los documentos siguientes:

- a) el contrato público y/o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto que habría de crearse,
- b) los estatutos de dicha entidad,
- c) el pacto entre accionistas, y
- d) todos los demás elementos por los que haya de regirse, por un lado, la relación contractual entre la entidad adjudicadora y el socio privado y, por otro, la relación entre la entidad adjudicadora y la entidad de capital mixto que debe crearse.

Además, debería informarse a los interesados sobre la duración prevista del contrato público que la entidad de capital mixto ha de ejecutar, o de la concesión que ha de explotar, así como de las posibilidades de renovación o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada, indicando las posibilidades de adjudicación opcional de nuevas tareas. La documentación debe indicar de la forma más detallada posible, al menos, el número y las condiciones de aplicación de esas opciones.

SEXTO. Alega el recurrente, como principal motivo del recurso, que se incumplen en la licitación los artículos 22 y 86 del TRLCSP, argumentando en distintos apartados de su recurso que el objeto del contrato no es cierto, y que el régimen de modificados no cumple las exigencias legales.

El artículo 22 TRLCSP exige, para todos los contratos del sector público, que su documentación preparatoria determine con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, y el artículo 86 insiste en la necesidad de que los contratos tengan un objeto determinado. El objeto del contrato es un conjunto de prestaciones destinadas a cumplir por sí mismas una función económica o técnica, cubriendo las necesidades del órgano de contratación, la necesidad de su determinación responde al cumplimiento de los principios de transparencia, fomento de la concurrencia, pero también de eficacia y eficiencia.

Analizadas las cláusulas del PCAP, y las previsiones específicas contenidas en el expediente administrativo, se constata el incumplimiento del TRLCSP, principalmente, porque se incumplen los artículos 1 TRLCSP y 86 TRLCSP, pues no se definen previamente las necesidades a satisfacer por el poder adjudicador, sino que se dejan a la concreción por los licitadores, al habilitar como opcional la ejecución de obras, que además se utilizan como criterio de adjudicación. Se distorsiona así tanto el específico objeto del contrato, y las previsiones de necesidad y conveniencia exigidas por el artículo 22 TRLCSP, como los parámetros de valoración de las ofertas, como se pondrá de manifiesto mas adelante.

Es necesario poner de relieve que las obras que opcionalmente pueden ofertar los licitadores son de gran importancia, incluyendo las obras de construcción de la Estación Depuradora para los barrios de Casetas, Garrapinillos y Villarrapa y, de las obras contempladas en el Anexo 5 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), aquellas que el Socio Privado haya incluido en su oferta (cláusula 3.5 PCAP).

Pero es que, además, consta en el expediente que, en contestación a la consulta de un licitador, el órgano de contratación admite la posibilidad de que aun ofertada la construcción de la Estación Depuradora por el adjudicatario del contrato, la misma pueda no llegar a ejecutarse por imposibilidad de que el propio Ayuntamiento realice en el plazo previsto en los pliegos los trámites administrativos necesarios para ello.

Por otro lado, se incluyen dentro del objeto prestaciones de futuro (gestión, explotación y mantenimiento de la estación depuradora de aguas residuales EDAR de La Cartuja), que en la actualidad están integradas en un contrato en vigor, y que no serán efectivas para el contrato que ahora se licita hasta el año 2024. Esta opción, que a priori podría no vulnerar las reglas de la contratación pública, no cumple tampoco con las exigencias del TRLCSP, porque introduce una variable al objeto del contrato y a su viabilidad financiera de indudables efectos prácticos, que cuestiona los propios principios y pará-

metros de la licitación. Y ello porque, como señala el recurrente tras advertir que faltan más de trece años para que finalice el actual contrato, el total de contratos que se incorporan «a la masa» del contrato de saneamiento y depuración (ver cláusula 3.6 del PCAP) representa un total de 15.600.000 euros, y aproximadamente el 65 % de este importe (10.000.000 euros) corresponden al contrato de gestión de la EDAR de La Cartuja, de manera que cualquier alteración, o incluso la eliminación, de esta prestación supondría una alteración esencial del plan de negocio calculado. Tampoco se contemplan en el contrato los posibles efectos que, sobre el que ahora se licita, supondría una modificación del de gestión de la EDAR de La Cartuja, por ejemplo, una ampliación de plazo como la tramitada en marzo de 2011.

Pero no solo el actual objeto del contrato está indeterminado, sino, y quizás más importante, la incorrecta configuración en el PCAP de las posibilidades de modificación del contrato puede afectar a la determinación del objeto en el futuro, ya que no se prevén los trámites y umbrales que permitan, ante circunstancias imprevisibles de interés público, una modificación contractual.

La simple cita o remisión al Título V del Libro I del TRLCSP contenida en la cláusula 30 del PCAP incumple las exigencias del marco jurídico vigente. El artículo 106 TRLCSP desarrolla cómo se deben tramitar los supuestos de modificación contractual, estableciendo que tal posibilidad se condiciona a que en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse, con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello. A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas. Es decir, el PCAP no sólo debe prever la posibilidad, sino que debe determinar y cuantificar en qué y cómo procede esta modificación. Lo que tendrá sus efectos tanto a la hora de calcular el valor estimado del contrato, como de la presentación de ofertas por los potenciales licitadores.

El incumplimiento de estos requisitos en el PCAP –máxime en contratos tan complejos y de larga duración, como el analizado, donde es estratégico el correcto diseño del régimen financiero y del necesario equilibrio financiero y reparto de riesgos– incide directamente en lo que es y puede ser el objeto de la licitación, introduciendo claras distorsiones que pueden condicionar las ofertas de

los licitadores y el desarrollo de la ejecución del contrato, afectando a la propia definición del objeto contractual, lo que contraviene el artículo 86.1 TRLCSP.

No contradice esta conclusión el hecho de que en el PPT, en concreto en su cláusula 13, bajo la denominación «AMPLIACIÓN Y MODIFICACIÓN EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS» se recojan las siguientes previsiones:

«Resulta razonable pensar que durante la vida del contrato se producirán circunstancias que obligarán a modificar las condiciones en que se lleva a cabo la prestación de los servicios que se le encomienden.

La evolución en los materiales adecuados para la construcción de las redes de alcantarillado o de las características admisibles de las aguas depuradas son ejemplos de situaciones en que puede producirse un cambio normativo de importancia que obligue a modificar sustancialmente las condiciones de prestación de los servicios del ciclo del agua con respecto al estándar actualmente admitido.

Igualmente la evolución de las tecnologías involucradas en la prestación de estos servicios puede suponer la necesidad de introducir cambios en profundidad en las infraestructuras encargadas de prestarlos.

La SEM goza de la facultad de proponer las modificaciones en las condiciones de prestación de los servicios que tiene encomendados que considere oportunas, que deberán ser municipalmente aprobadas previo informe de los Servicios Municipales. La propuesta a presentar en estos casos contendrá toda la información relevante acerca de la modificación propuesta y un análisis de la repercusión económica de su adopción. El acuerdo municipal incluirá la definición de las nuevas condiciones de la prestación de estos servicios y la revisión de las condiciones económicas en que se desarrollarán por parte de la SEM con el criterio de garantizar el mantenimiento del equilibrio económico-financiero con el que se prestan estos servicios. En tanto en cuanto no se produzca un acuerdo de modificación se entenderá que las prescripciones contenidas en el presente pliego mantienen su vigencia».

En primer lugar porque las mismas –a las que ni siquiera remite el PCAP en su cláusula 30– no cumplen en ningún caso los requisitos previstos en el artículo 106 TRLCSP que acaban de exponerse y, en especial la definición de forma clara, precisa e inequívoca de las condiciones en que puede hacerse uso de la facultad de modificación, el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse, la expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

Y en segundo lugar, porque el intento de fijación de los parámetros de la modificación del contrato en el PPT constituye un ejemplo de «confusión» entre el contenido del PCAP y del PPT, al ser su ubicación adecuada el PCAP. Hay que recordar, a estos efectos, que el Pliego de Prescripciones Técnicas ha de establecer los requisitos y condiciones técnicas que debe cumplir la prestación, como establecen los artículos

116 y 117 TRLCSP, y 68 RGLCAP; y que este último precepto determina, además, en su apartado 3 que los Pliegos de Prescripciones Técnicas en ningún caso contendrán «*declaraciones o cláusulas que deban figurar en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares*», entre otras razones porque los Pliegos de Prescripciones Técnicas no deben ser objeto del informe jurídico preceptivo exigido por la legislación.

Por último, este Tribunal recuerda que este contrato se encuentra sometido a las normas contables contenidas en el Reglamento (CE) núm. 2223/96 del Consejo, de 25 de junio 1996, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad (SEC-95). Una alteración indebida del reparto de riesgos propia a estos negocios jurídicos podría tener consecuencias muy relevantes en los datos de endeudamiento y déficit del Ayuntamiento. De ahí también la necesidad de una adecuada regulación del régimen de la modificación contractual para hacer frente a las incidencias futuras que puedan influir en el régimen económico de este contrato.

Por todos estos motivos, el PCAP se encuentra viciado de nulidad (artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y debe estimarse la pretensión de anulación.

SÉPTIMO. Varios de los motivos del recurso se fundan en la incorrección de los criterios de adjudicación, por su desconexión con el objeto del contrato, o porque su sistema de ponderación no es conforme a derecho, alegando asimismo la arbitrariedad en cuanto a los criterios de valoración de las ofertas técnicas.

Resolveremos estos motivos de forma conjunta, recordando que la mejor oferta económica debe ser evaluada desde una perspectiva finalista y global, tal y como recuerda la STJCE de 18 de octubre de 2001 (Asunto SIAC).

En todo caso, el artículo 150 TRLCSP exige que los criterios a incluir en la oferta deban guardar relación con el objeto del contrato (STJCE de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland). Y cuáles son y su ponderación deben incluirse en el anuncio de licitación (artículo 150.5 TRLCSP), sin que sea posible que la Mesa de contratación, en su competencia de valoración de ofertas, pueda fijar a posteriori los coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación (STJCE 24 enero 2008, Asunto Lianakis), al quedar en entredicho el principio de transparencia en relación al principio de igualdad de trato, debiendo justificar su decisión sobre la base de criterios objetivos. Exigencia de transparencia que pretende conseguir la armonización de dos principios básicos como son el respeto a la competencia exclusiva de las entidades contratantes para valorar la propuesta de los particulares en relación con el fin público y, por otro, salvaguardar el derecho de los licitadores a conocer de antemano los baremos que regirán la adjudicación del contrato.

Pues bien, analizado el PCAP y, en concreto, su cláusula 15, se observa el incumplimiento de estos requisitos. El criterio de adjudicación de construcción de unas obras definidas como optativas en el PCAP no cumple con la exigencia de vinculación al objeto del contrato. Además su ponderación en la valoración, aunque no superior al cincuenta por ciento como por error señala el recurrente, es desproporcionada y desvirtúa por sí misma las reglas de la licitación, e impide la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, ya que ésta, lógicamente, debe referirse a la prestación principal y no, como de hecho sucede, a la realización de unas obras accesorias.

La oferta de estas obras, o de alguna de ellas, por los licitadores no puede considerarse en ningún caso una mejora, pues como ha venido declarando este Tribunal en sus Acuerdos, por todos el 20/2012, de 14 de junio, su posible introducción –ex artículo 147 TRLCSP (y 67 RLCAP)– debe permitir, sin alterar el objeto del contrato, favorecer la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, garantizando en todo caso, la igualdad de trato. Exige, por tanto, una adecuada motivación y previa delimitación de las mejoras a tener en cuenta y su eventual ponderación, que deberá garantizar que no se altere la ponderación de los otros criterios de adjudicación. Como ya se dijera en nuestro Acuerdo 8/2012, de 7 de febrero de 2012, por mejora hay que entender todo aquello que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido o determinado, en las prescripciones que definen el objeto del mismo. Es imprescindible, en consecuencia, su vinculación al objeto de la prestación (objetividad) y la justificación de en qué mejora, por qué lo mejora, y con arreglo a qué criterios se valoran tales circunstancias. La valoración de las mejoras, en el ámbito de la contratación pública, nunca puede ser una mera declaración de voluntad de quien la realiza; antes bien y al contrario, por su propia indeterminación, requiere una precisa justificación, medición y ponderación, que debe quedar reflejada en la motivación del informe que sirve de base a la propuesta de adjudicación.

Otras argumentaciones se centran en si las fórmulas establecidas y su sistema de puntuación condicionan las reglas de la licitación. Este Tribunal comparte la preocupación por fórmulas de ponderación que pueden no reflejar adecuadamente qué oferta es la económicamente más ventajosa. Sin embargo, en tanto ya se ha acordado la anulación de los criterios y debe procederse, en su caso, a una nueva licitación, este Tribunal cree suficiente advertir que todo sistema de puntuación debe diseñarse permitiendo hacer efectivo todo el margen de ponderación, garantizando su función de poder establecer una prelación objetiva que refleje adecuadamente qué oferta cumple los mejores requerimientos económicos, con el fin no tanto de garantizar la igualdad de la licitación, sino, además, de hacer efectivos los principios de eficiencia y buena administración.

En consecuencia, deben estimarse también los motivos de recurso relativos a los criterios de adjudicación por su falta de vinculación con el objeto del contrato.

OCTAVO. Aunque la admisión de los motivos de recurso anteriores haría innecesario este análisis, resta por determinar la admisión del resto de los motivos del recurso.

Así, en cuanto al incumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 110.2 TRLCSP para la tramitación anticipada de un expediente de contratación, hay que señalar que esta forma de tramitación no ha sido la utilizada en la licitación impugnada. Dicha fórmula permite la tramitación anticipada de un procedimiento de contratación *«incluso con la adjudicación y formalización del correspondiente contrato, aun cuando su ejecución, ya se realice en una o en varias anualidades, deba iniciarse en el ejercicio siguiente»*. En el presente supuesto no es la ejecución del contrato la que va a trasladarse a un momento posterior (la cláusula 7 del PCAP prevé un plazo de vigencia de 40 años a contar desde el día siguiente al de la formalización del contrato, que se producirá según la cláusula 26.1 en el plazo de 15 días hábiles desde que se remita la notificación de adjudicación), sino que es una actividad de la prestación –la gestión de la explotación y mantenimiento de la estación depuradora de aguas residuales (EDAR) de La Cartuja– la que no dará comienzo hasta 1 de junio de 2024.

Por ello, y sin perjuicio de lo argumentado al respecto en el fundamento jurídico SEXTO, no procede la admisión de este motivo de recurso.

En cuanto a la falta de crédito adecuado y suficiente para hacer frente a los compromisos económicos derivados de la ejecución del contrato, que el recurrente argumenta sobre la base de las exigencias contenidas en las cláusulas 12.1 y 24 del PCAP (obligación de abono por el adjudicatario de gastos derivados de asistencias técnicas licitadas y contratadas, asesoramiento jurídico externo en el procedimiento de contratación y pago de los anuncios de licitación) debe desestimarse igualmente el motivo de recurso. Y ello porque tales obligaciones no vulneran uno de los requisitos sustanciales de una licitación pública, la existencia de crédito adecuado y suficiente para atender los gastos derivados de la misma (artículo 109.3 TRLCSP), cuya concurrencia determina la sanción más grave del ordenamiento: la nulidad de la licitación ex artículo 32 c) TRLCSP. El pago de los gastos derivados de la publicidad de la licitación en boletines por el adjudicatario encuentra su amparo reglamentario en el artículo 75 del RGLCSP, y, en cuanto a la asunción por el adjudicatario de los otros gastos previstos en las cláusulas mencionadas, su exigencia, no supone la nulidad pretendida por falta de crédito en un contrato que no supone un gasto para la Administración, sino un ingreso.

Comparte este Tribunal la argumentación realizada por la recurrente en cuanto a la improcedencia de repercutir al adjudicatario los gastos de asesoramiento jurídico y económico financiero previo y de asesoramiento externo durante la licitación, gastos propios de otro u otros contratos de servicios concertados por el Ayuntamiento o sus entes filiales para los que en su momento se tuvo que contar con el crédito adecuado y suficiente para su concertación. Téngase en cuenta a estos efectos que el único supuesto en que TRLCSP ha previsto la posibilidad de repercutir gastos previos a un licitador (además de los de publicidad, ya señalados) se contiene en el artículo 128.5 TRLCSP, que permite en los contratos de concesión de obra pública el resarcimiento de los gastos efectuados por un tercero autor de un estudio de viabilidad presentado a un poder adjudicador, cuando finalmente aquel no resulte adjudicatario, previsión que en ningún caso procede extender a los gastos que se pretenden repercutir en esta licitación.

Respecto al injustificado establecimiento del requisito de constitución de una garantía provisional para participar en el procedimiento de adjudicación, alegado por la recurrente, este Tribunal entiende que si bien no está justificada formalmente en el expediente su exigencia, en los términos previstos en el artículo 103.1 TRLCSP, la dimensión del contrato bien puede justificar la misma, sin que ello suponga un obstáculo para los licitadores, ni mucho menos su nulidad, por lo que no procede la estimación de este motivo de recurso.

Por último, en cuanto a la exclusión de la posibilidad de que los licitadores puedan, en su caso, subsanar las deficiencias de su documentación administrativa que se contiene en la cláusula 14, apartado 2. A), última mención, este Tribunal ya declaró en su Acuerdo 18/2011, de 29 de julio, relativo a un recurso planteado también frente a un acto del Ayuntamiento de Zaragoza, que: *«En este punto debe destacarse que la tendencia generalizada, marcada tanto por la jurisprudencia como los numerosos dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en la materia, se dirige hacia la flexibilización de los requisitos formales exigidos en la presentación de la documentación a que se refiere el artículo 130 LCSP. Tendencia que se pone de manifiesto también en el tratamiento reglamentario de la materia, especialmente el contenido del artículo 81. 2 RGLCLCAP. Esta posibilidad de subsanación se limita obviamente a los defectos y omisiones en la propia documentación, no en el contenido material de la misma, por lo que el requisito debe existir con anterioridad a la fecha en la que expire el plazo de presentación de proposiciones, ya que su existencia no es subsanable, solo su presentación».*

No resulta así admisible la previsión de la cláusula mencionada del PCAP, que señala expresamente que *«la no aportación por parte de los licitadores en el plazo de presentación de ofertas establecido de toda la documentación exigida en la presente cláusula justificativa de la solvencia requerida, o el incumplimiento de las condiciones recogidas en este apartado, podrá ser causa automática de exclusión de la oferta por*

considerar no subsanable su falta de aportación», y cuya única interpretación es la que acaba de sostenerse: su existencia no es subsanable, pero sí su presentación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad y con el voto particular que formula el vocal D. Jesús Colás Tenas, incorporado al final del cuerpo de este Acuerdo; y al amparo de lo establecido en el artículo 41.2 TRLCSP y los artículos 2, 17 y siguientes, y en la disposición final tercera, de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

III. ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial, presentado por D. Eloy Suárez Lamata, en su condición de concejal del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, contra el procedimiento de licitación denominado «Gestión del Servicio Público de Saneamiento y Depuración de aguas residuales de la ciudad de Zaragoza bajo la fórmula de Sociedad de Economía Mixta», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza, declarando la invalidez del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y anulando la licitación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47. 2 TRLCSP.

SEGUNDO. Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO. Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL
José María Gimeno Feliú

LA SECRETARIA
Ana Isabel Beltrán Gómez

VOTO PARTICULAR que formula el Vocal del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón don Jesús Colás Tenas respecto del Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre de 2012, dictado en el recurso especial número 057/2012, interpuesto por don Eloy Suárez Lamata.

En términos de brevedad y con el respeto que siempre me merecen las opiniones de mis compañeros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, dejo constancia de mi discrepancia respecto del indicado Acuerdo, por las razones y motivos que a continuación expongo.

PRIMERO. Ante todo, he de señalar que estoy de acuerdo con cuanto se argumenta en el Fundamento Jurídico Primero, que considera el contrato denominado «Gestión del Servicio Público de Saneamiento y Depuración de aguas residuales de la ciudad de Zaragoza bajo la fórmula de Sociedad de Economía Mixta», susceptible de recurso especial en aplicación del artículo 40.1 c) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

SEGUNDO. Mi discrepancia con el Acuerdo 44/2012 del Tribunal se refiere al reconocimiento que hace, a su fundamentación jurídica en concreto, de la legitimación que atribuye a don Eloy Suárez Lamata, en su condición de concejal del Ayuntamiento de Zaragoza, para interponer recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Anticipo ya mi posición: La legitimación que exige el artículo 42 TRLCSP no es posible apreciarla en el recurrente. Pues, ni alega ni especifica el recurrente Sr. Suárez Lamata, en el escrito de interposición del recurso, qué derechos o intereses legítimos se le han visto perjudicados, o pueden resultar afectados, por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) que rige la licitación del contrato denominado «Gestión del Servicio Público de Saneamiento y Depuración de aguas residuales de la ciudad de Zaragoza bajo la fórmula de Sociedad de Economía Mixta», que le legitime para la interposición del recurso especial; y, en su consecuencia, para que el Tribunal admita y conozca el recurso.

También anticipo ya, que según mi posición la legitimación debe interpretarse de forma amplia pero de manera estricta, y en función de cada supuesto en particular.

A pesar de que pueda parecer obvio, es oportuno recordar que el recurso especial en materia de contratación, que regula el TRLCSP, tiene como finalidad –ex artículo 1 TRLCSP– garantizar que la contratación del sector público

se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

El recurso especial en materia de contratación, es un recurso que se introduce en nuestro ordenamiento jurídico, en cumplimiento de la Directiva 2007/66, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

De acuerdo con el artículo primero (apartados 2 y 3) de la Directiva 2007/66, parece obvio que el recurso especial en materia de contratación tiene como finalidad el garantizar la competencia entre las empresas (o cualquier persona) que tengan interés en obtener un determinado contrato.

En su trascripción literal la Directiva 2007/22 establece:

«2. Los Estados miembros velarán por que no se produzcan discriminaciones entre las empresas que puedan alegar un perjuicio en el marco de un procedimiento de adjudicación de contrato a causa de la distinción que hace la presente Directiva entre las normas nacionales que transponen el Derecho comunitario y las demás normas nacionales.

3. Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción»

El artículo 40 TRLCSP, que regula el recurso especial en materia de contratación, lo hace bajo una doble configuración: su carácter *potestativo* y su régimen jurídico de *especialidad*. Es decir, no es obligatoria la interposición del recurso especial en materia de contratación para poder impugnar el acto objeto de recurso en la jurisdicción contenciosa –a través del proceso contencioso-administrativo correspondiente–; y la especialidad del recurso deriva del régimen jurídico que regula su objeto, el órgano competente para su conocimiento, su ordenación y resolución.

Entre las normas que configuran la especialidad del recurso se encuentra la referente a la legitimación para recurrir. El artículo 42 TRLCSP, que transpone la

Directiva referenciada, atribuye legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación, a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

Es cierto que dicho precepto contempla un concepto más amplio de legitimación, como ya se ha admitido en los Acuerdos 36/2012, de 21 de agosto y Acuerdo 38 /2012, de 10 de septiembre de este Tribunal, (aunque siempre referidos a operadores económicos, empresas, o asociaciones de las mismas), que el requerido y establecido en la Directiva 2007/66.

El recurso especial número 057/2012, se interpone por don Eloy Suárez Lamata, en su condición de concejal del Ayuntamiento de Zaragoza. Es decir, se interpone por persona ajena al mundo empresarial, al mercado de la contratación pública, y, en su consecuencia, al sistema de reglas sobre la competencia que el recurso especial y el Tribunal están llamados a garantizar.

El recurrente, después de una fundamentación de la legitimación que en su condición de concejal, le atribuye el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL), así como de la importante extensión de la misma que realiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional –que comparte el firmante de este voto particular–, manifiesta y aduce como derecho e intereses legítimos perjudicados, en el punto 22 –del apartado segundo, de los fundamentos procesales, referido a la legitimación procesal– del escrito de interposición, que el recurso se interpone:

«por un concejal del Ayuntamiento (de Zaragoza) con el único propósito de defender el interés de la corporación en que la adjudicación del contrato se realice a favor de la oferta económicamente más ventajosa, tal y como prescribe el artículo 1 TRLCSP, siendo necesario para ello utilizar el sistema establecido para la impugnación de los acuerdos adoptados por los órganos del Ayuntamiento de Zaragoza, en este caso. El recurso especial en materia de contratación pública regulado en el artículo 40 y sigs. TRLCSP».

Esta motivación de la legitimación, que mueve al recurrente a interponer el recurso, es ciertamente de una gran parquedad y generalidad. Y carece de la precisión y rigor necesarios, en orden a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas que abren el procedimiento del recurso especial en materia de contratación.

Es, además, la motivación, equívoca en su formulación, pues la vía de impugnación de los acuerdos adoptados por los órganos del Ayuntamiento de Zaragoza es la del artículo 63 LBRL, cuyo conocimiento acredita quien recurre, y que no ha accionado.

Y, finalmente, la motivación o causa del recurso obedece a una defensa de la legalidad de la normativa sobre la contratación pública, en relación a un procedimiento concreto. Defensa que es legítima en quien acciona, en la condición y título en que lo hace, pero por una vía jurídicamente inadecuada, por su régimen especial, pues el artículo 42 TRLCSP no permite tal interpretación.

Admitir la legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación a quien invoca únicamente la defensa de la legalidad (o *el interés de la corporación en que la adjudicación del contrato se realice a favor de la oferta económicamente más ventajosa*, que no es cosa distinta), equivale a defender la existencia de una acción pública en nuestro Derecho en materia de contratación del sector público. Y tal acción no existe en nuestro Derecho, ni puede deducirse del artículo 42 TRLCSP, de manera que una interpretación que lleve a ese alcance es contraria a nuestro ordenamiento jurídico.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, no tiene que suplir la determinación de los derechos o intereses legítimos perjudicados, o que pueden resultar afectados en el procedimiento, cuando no son invocados *prima facie* por quien recurre.

También causa cierta extrañeza, a quien firma este voto particular, que la razón en que fundamenta la legitimación del recurrente el Acuerdo del Tribunal (no expresada ni anunciada por quien suscribe el recurso), es la *singularidad* del contrato, del que se afirma que es un contrato complejo, en el que la configuración del Pliego –fundamentalmente en lo que se refiere al objeto del contrato, sus posibles modificaciones y los criterios de adjudicación–, «*puede condicionar de forma clara y evidente la posibilidad de que se satisfagan los intereses generales de la ciudad y de los ciudadanos a obtener unos servicios públicos de calidad prestados de forma eficiente*».

Si ese es el interés legítimo del recurrente, ex artículo 42 TRLCSP, a juicio del Tribunal, habría que concluir que dicho precepto no añade ni exige una legitimación distinta a la del artículo 63 LBRL. Es decir, que no hay ninguna norma especial en el artículo 42 TRLCSP en cuanto a la legitimación. Conclusión que no puedo compartir porque implica eliminar la especialidad del régimen jurídico del recurso especial en materia de contratación.

El Tribunal no puede, bajo el pretexto de salvaguardar «*los intereses generales de la ciudad y de los ciudadanos a obtener unos servicios públicos de calidad prestados de forma eficiente*» reconocer legitimación para interponer un recurso especial en materia de contratación (todos los contratos de gestión de servicios públicos deben contemplar los intereses generales y atender a que los ciudadanos obtengan unos servicios públicos de calidad prestados de forma eficiente).

TERCERO. El Acuerdo del Tribunal, al admitir la legitimación de don Eloy Suárez Lamata, en su condición de concejal del Ayuntamiento de Zaragoza (para interponer el recurso especial en materia de contratación), realiza una amplia argumentación general sobre la legitimación de los concejales ex artículo 63 LBRL (con abundantes citas a la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo) que, en principio, es adecuada –y comparte el firmante de este voto particular–, pero que olvida u omite un aspecto esencial: que dicho precepto (que contiene un concepto amplísimo de legitimación de los concejales) atribuye legitimación únicamente para el objeto específico que en él se indica, es decir para el proceso contencioso-administrativo (previo, o no, según los casos, el recurso de reposición).

El acuerdo del que discrepo, además, realiza una fundamentación jurídica de la legitimación de los miembros de la corporación de carácter general, en atención a la doctrina constitucional y jurisprudencial, y sin atender a la causa concreta del recurso, de la que concluye que negar la legitimación al recurrente, en su condición de concejal del Ayuntamiento de Zaragoza, supondría denegarle el ejercicio de un derecho fundamental, el de acceso a la tutela judicial efectiva (en su versión jurisdiccional), de cuya doctrina se hace una extensa cita e inadecuada aplicación –a juicio de quien firma este voto particular–, pues nada más lejos de la realidad, el concejal puede acudir al proceso contencioso-administrativo cuando considere oportuno, que es la jurisdicción llamada a resolver tales conflictos.

Semejante argumentación sería válida y adecuada, si el recurso especial en materia de contratación fuese obligatorio y previo, para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero no cuando el carácter del recurso es potestativo. Y, debería pensar, razonar y analizar el Tribunal, qué consecuencias se derivan del carácter potestativo que el legislador otorga al recurso.

CUARTO. Por otra parte, y aun admitiendo la existencia de legitimación del concejal para recurrir –cuestión que, en principio, no niega que pueda darse, quien formula este voto particular, siempre que se concrete el derecho o interés legítimo perjudicado o afectado–, y a la vista de la regulación del plazo de interposición del recurso del artículo 44.2 TRLCSP, y de la afirmación que se contiene en el Informe del Ayuntamiento de Zaragoza, en cuanto al momento en que conoció al acto que impugna el concejal recurrente (el mismo día de la aprobación del PCAP, 25 de julio de 2012), el computo del plazo para interponer el recurso debe iniciarse a partir de dicha fecha. Sin que pueda apreciarse la existencia de una quiebra del principio de confianza legítima, en relación con la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, por el mero hecho de establecerse en el PCAP que dicho contrato no era susceptible de re-

curso especial. Pues, entre otras razones, como se afirma en el FJ primero del Acuerdo, no existe en nuestro ordenamiento jurídico de la contratación pública ninguna referencia específica a la regulación de qué debe entenderse por *presupuesto de gastos de primer establecimiento*, ni cabe apreciar, objetivamente, que se haya generado una confusión que no pudiera salvarse con una diligencia jurídica mínima en la aplicación de las normas que regulan el recurso especial en materia de contratación.

Y este es mi parecer, que emito con pleno respeto a mis compañeros y a su acuerdo.

EL VOCAL
Jesús Colás Tenas