

FJLF/jcr

MOVILIDAD Y DESARROLLO URBANO SOSTENIBLE, S.L. (MODUS ROTA).

NOTIFICACIÓN:

El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, en Sesión telemática ordinaria celebrada el día 14 de septiembre de 2023, al punto 2º del Orden del día, adoptó por unanimidad el siguiente **ACUERDO**:

“PUNTO 2º.- PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL RECURSO R018/2023, INTERPUESTO POR LA MERCANTIL HIDRALIA GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE ANDALUCÍA S.A.

Se conoce la propuesta de resolución suscrita por don José Manuel Pérez Alcaraz, vocal-ponente del Tribunal en el presente asunto y cuyo tenor literal es el siguiente:

“En Cádiz, a la fecha de la firma electrónica.

Recibido en este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil **HIDRALIA GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE ANDALUCÍA S.A.**, contra los Pliegos y demás documentos contractuales que han de regir el procedimiento de contratación de la «Concesión de los servicios de abastecimiento y alcantarillado del municipio de Rota» (Expte. PACS 1/2023) convocado por la entidad Movilidad y Desarrollo Urbano Sostenible, S.L. (MODUS ROTA), y una vez finalizada la instrucción del correspondiente procedimiento de recurso especial, identificado como **R018/2023**, se eleva al Tribunal la siguiente PROPUESTA DE RESOLUCIÓN:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La empresa municipal Movilidad y Desarrollo Urbano Sostenible, S.L. (MODUS ROTA, en adelante), sociedad mercantil íntegramente participada por el Excmo. Ayuntamiento de Rota, convocó procedimiento para la contratación de la «Concesión de los servicios de abastecimiento y alcantarillado del municipio de Rota» (Expte. PACS 1/2023), alcanzando el valor estimado del contrato la cantidad de 57.834.864,62 euros.

Segundo.- El anuncio de licitación fue publicado, junto con los correspondientes pliegos, en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 27 de junio de 2023; finalizando el plazo de presentación de ofertas, según lo indicado en el citado anuncio, el día 27 de julio de 2023.


Al procedimiento de licitación han concurrido un total de 5 operadores económicos, siendo estos los siguientes:

- ACCIONA AGUA SERVICIOS S.L.
- FCC AQUALIA S.A.
- GLOBAL OMNIUM MEDIOAMIENTE S.L.
- HIDRALIA, GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE ANDALUCÍA, S.A.
- SOCIEDAD DE FOMENTO AGRÍCOLA CASTELLONENSE S.A.

Tercero.- Mediante escrito presentado en el Registro del Tribunal el día 14 de julio de 2023, la entidad HIDRALIA GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE ANDALUCÍA S.A (en adelante, la recurrente), interpuso recurso especial en materia de contratación contra los pliegos y los documentos contractuales que establecen las condiciones que deben regir el Contrato de concesión anteriormente identificado, dando lugar a la apertura del presente expediente de recurso especial, identificado como **R018/2023**.

En el escrito de interposición la recurrente solicita que «se declare la nulidad del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Contrato y del resto de documentos contractuales que establecen las

Código Seguro De Verificación	WKbovxLhcJxRT++8vpLxtw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Francisco Javier Lopez Fernandez Vicesecretario General	Firmado	14/09/2023 13:32:04
Observaciones		Página	1/11
Url De Verificación	https://sede.dipucadiz.es/verifirma/code/WKbovxLhcJxRT++8vpLxtw==		



condiciones que deben regir la contratación, procediendo a la nueva licitación del contrato una vez se ajuste a derecho los pliegos y resto de documentos contractuales».

Asimismo, la recurrente solicita la suspensión cautelar del procedimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 49 de la LCSP.

Cuarto.- Con fecha 24 de julio de 2023 se designó al vocal que suscribe como ponente-instructor del presente expediente de recurso especial en materia de contratación, a la vez que se comunicó al órgano de contratación la presentación del recurso, con requerimiento del expediente de contratación y del preceptivo informe.

El órgano de contratación remitió el expediente de contratación mediante oficio con entrada en el Registro de este Tribunal el día 26 de julio de 2023, acompañando al mismo el correspondiente informe.

Quinto.- Considerando que la documentación recibida se encontraba incompleta, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, con fecha 27 de julio de 2023 se remitió requerimiento al órgano de contratación para que completase el expediente mediante la presentación de la relación de los participantes en la licitación, con su número de identificación fiscal y datos a efectos de notificaciones o, en caso de que no hubiese ninguno, declaración del órgano de contratación en la que constase tal circunstancia.

El órgano de contratación atendió el anterior requerimiento mediante la remisión del listado de licitadores el día 31 de julio de 2023.

Sexto.- Mediante resolución de fecha 8 de agosto de 2023 se dio traslado del recurso interpuesto y demás documentación que acompaña al mismo al resto de interesados, disponiendo la apertura del trámite de alegaciones.

Asimismo, con la firma fecha se adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP.

Durante el referido trámite presentó alegaciones la entidad FCC AQUALIA S.A. (entrada nº 2023112569E, de fecha 18/08/2023)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal resulta competente para resolver el recurso interpuesto en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP, en adelante), en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, y en el Acuerdo de Pleno de la Diputación Provincial de Cádiz de fecha 20 de marzo de 2013, por el que se acuerda la creación del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Diputación Provincial de Cádiz, se aprueba su Reglamento y se establecen las previsiones respecto al momento de inicio de su funcionamiento. Dicho funcionamiento, de conformidad con lo dispuesto en el citado acuerdo y en la Disposición Transitoria Primera del Reglamento del Tribunal, se produjo el 16 de septiembre de 2013, fecha en la que se emitió Resolución por el Viceconsejero de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía, disponiendo el cese en el ejercicio de la competencia para el conocimiento de dichos recursos por parte del Tribunal administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

En particular, resulta competente a tenor de la atribución de competencias en materia de recursos contractuales efectuada por el Excmo. Ayuntamiento de Rota mediante convenio suscrito con la Diputación

Código Seguro De Verificación	WKbovxLhcJxRT++8vpLxtw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Francisco Javier Lopez Fernandez Vicesecretario General	Firmado	14/09/2023 13:32:04
Observaciones		Página	2/11
Url De Verificación	https://sede.dipucadiz.es/verifirma/code/WKbovxLhcJxRT++8vpLxtw==		



Provincial de Cádiz (BOP Cádiz num. 94, de 20/05/2021), cuya Cláusula Tercera extiende su ámbito de aplicación subjetivo a la resolución de los recursos especiales en materia de contratación contra la actuación contractual del citado Ayuntamiento “y la de aquellos entes, organismos y entidades vinculados a este que tengan la consideración de poder adjudicador conforme a los dispuesto en el artículo 3.3 de la LCSP, si se integran en la Entidad Local, incluso aunque no ostenten la condición de Administración Pública», circunstancia esta que concurre respecto de la Entidad contratante; todo ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.2.b) del Reglamento de este Tribunal.

En efecto, según se desprende de la documentación obrante en el expediente, la entidad contratante, MODUS ROTA, es una sociedad mercantil de capital íntegramente público y medio propio personificado del Ayuntamiento de Rota, que debe ser calificada como poder adjudicador de conformidad con lo previsto en el artículo 3.3 de la LCSP, sin que tal extremo haya sido discutido por ninguna de las partes interesadas en el presente procedimiento.

SEGUNDO.- El recurso ha sido presentado dentro del plazo máximo de 15 días hábiles desde la publicación del anuncio de licitación en el Perfil del contratante del órgano de contratación, con indicación de la forma de acceso a los pliegos reguladores de licitación, de conformidad con lo establecido en el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Respecto de esta cuestión, AQUALIA alega que el recurso debe ser considerado extemporáneo, puesto que «el estudio de viabilidad económico-financiera y los anteproyectos de inversión ahora impugnados son susceptibles de impugnación individualizada y la recurrente no los impugnó en el momento procedimental oportuno [vid. Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid de fecha 19 de mayo de 2022 (recurso nº 157/2022)].»

No obstante, el Tribunal no puede aceptar tal alegación ya que, sin perjuicio de carácter recurrible de los citados documentos como parte del expediente de contratación, lo cierto es que el recurso se dirige expresamente contra los pliegos reguladores de la licitación, habiendo sido interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 50.1.b) de la LCSP, según se acaba de señalar.

TERCERO.- En lo que se refiere al requisito de la legitimación, la recurrente ha participado en el procedimiento de licitación, por lo que resulta evidente el interés legítimo que ostenta para la interposición del recurso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48 de la LCSP.

CUARTO.- El procedimiento de contratación en cuestión tiene por objeto la adjudicación de un contrato de concesión de servicios a concertar por un poder adjudicador, cuyo valor estimado es superior a tres millones de euros, de manera que los actos dictados en dicho procedimiento son susceptibles de ser impugnados mediante recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.c) de la LCSP.

En particular, y según se indica en el recurso, el mismo se dirige contra los pliegos reguladores de la contratación, siendo estos susceptibles de impugnación de acuerdo con lo establecido en el apartado 2.a) del citado artículo 44 de la LCSP.

QUINTO.- Entrando ya en el fondo del recurso, el mismo se sustenta en los siguientes motivos impugnatorios:

5.1.- Imposibilidad de que la entidad contratante, MODUS ROTA, modifique la forma de gestión del servicio público objeto del contrato, en contra de lo decidido por el pleno municipal.

Manifiesta la recurrente que «el Pleno municipal del Ayuntamiento de Rota en sesión de 28 de octubre de 2021, decidió gestionar los servicios de Ciclo Integral del Agua de forma directa a través de su sociedad mercantil “MODUS ROTA”», de manera que la citada entidad no podría contratar la gestión indirecta del servicio, considerando por ello infringido el artículo 32.7 de la LCSP en la medida en que el citado precepto

Código Seguro De Verificación	WKbovxLhcJxRT++8vpLxtw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Francisco Javier Lopez Fernandez Vicesecretario General	Firmado	14/09/2023 13:32:04
Observaciones		Página	3/11
Url De Verificación	https://sede.dipucadiz.es/verifirma/code/WKbovxLhcJxRT++8vpLxtw==		



«excluye del ámbito de aplicación de la Ley los encargos de gestión de servicio público a los medios propios».

En tal sentido concluye que «Precisamente por ello -porque se le ha encargado la gestión directa-, es por lo que MODUS ROTA no puede licitar la concesión de los servicios encomendados. Porque ello supondría cambiar el modelo de gestión del servicio pasando de gestión directa a indirecta incumpliendo con el encargo municipal que le habilita para la gestión directa del servicio.

Por ello, en el caso de gestión indirecta del servicio, conforme al art. 32.7 Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público se debe sujetar a licitación de la administración titular del servicio.»

Por su parte, el informe remitido por el órgano de contratación considera el recurso improcedente, en la medida que las cuestiones relativas a la forma de gestión de los servicios no se hallan comprendidas entre las actuaciones susceptibles de recurso especial en materia de contratación según se encuentran relacionadas en el artículo 44 de la LCSP.

Asimismo, se opone a la argumentación de la recurrente señalando que:

«-Cuando se hace referencia por el recurrente al encargo de gestión contenido en el artículo 32.7 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público y al límite del 50% de las cuantía del encargo a terceros, se olvida de la excepción contenida en el mismo y que ahora reproduzco:

“El importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo. No se considerarán prestaciones parciales aquellas que el medio propio adquiera a otras empresas cuando se trate de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación.

No será aplicable lo establecido en esta letra a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios. **Igualmente no será de aplicación en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.**

Movilidad y Desarrollo Urbano Sostenible, Sociedad Limitada es una sociedad en la que la totalidad de las participaciones pertenecen al Excmo. Ayuntamiento de Rota.

-Igualmente olvida el recurrente que el ciclo integral del agua está integrado por los servicios de abastecimiento, alcantarillado y depuración en todo el término de Rota.

La licitación en curso afecta únicamente a los servicios de abastecimiento y alcantarillado en Rota. No incluye el servicio de depuración de aguas, ni el servicio de tratamiento terciario que se sigue prestando por Modus Rota. Tampoco la licitación abarca el área territorial del complejo de Costa Ballena en abastecimiento, alcantarillado, ni depuración.»

Por su parte, AQUALIA manifiesta en su escrito de alegaciones que «MODUS ROTA es un medio propio del Ayuntamiento de Rota, que ostenta el 100% de la titularidad de dicha sociedad, y ha recibido el encargo de gestionar el servicio público del ciclo integral del agua en todas sus fases, por lo que para llevar a cabo las prestaciones correspondientes puede contar con los medios que sean oportunos, pudiendo licitar las partes del contrato que considere (vid. Acuerdo 25/2011, de 9 de noviembre de 2011, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, RE 030/2011).»

Pues bien, sin necesidad de entrar a valorar - pues no es discutido por ninguna de las partes-, que MODUS ROTA es un medio propio personificado del Ayuntamiento de Rota, al que este ha encargado la gestión del servicio público en cuestión, resulta que lo cuestionado por la recurrente en este primer motivo

Código Seguro De Verificación	WKbovxLhcJxRT++8vpLxtw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Francisco Javier Lopez Fernandez Vicesecretario General	Firmado	14/09/2023 13:32:04
Observaciones		Página	4/11
Url De Verificación	https://sede.dipucadiz.es/verifirma/code/WKbovxLhcJxRT++8vpLxtw==		



es, en definitiva, la posibilidad de que el citado medio propio pueda licitar la prestación del servicio público, lo que a juicio de la recurrente conlleva una transformación de la forma de gestión de este.

La recurrente se ampara en una supuesta infracción del artículo 32 de la LCSP, en particular de su apartado 7, el cual viene a establecer las limitaciones impuestas a los medios propios personificados para acudir, a su vez, a la contratación con la finalidad de obtener la participación de terceros en la ejecución de los encargos efectuados de conformidad con el citado precepto.

En primer lugar, conviene tener en cuenta que, tal y como ha tenido oportunidad de señalar el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, «*el encargo no es un régimen excepcional, sino una alternativa a la contratación pública*», de manera que «*la existencia de empresas del sector privado capaces de ejecutar las obras objeto de encargo no impide que [se] acuda a la figura del encargo a un medio propio. Téngase en cuenta que (...) el encargo se configura como una manifestación de la potestad auto de organización y como una alternativa a la contratación pública, tanto por nuestro ordenamiento jurídico como por el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE.*» (Resolución nº 696/2022, de 16 de junio)

El citado artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE quedó traspuesto a nuestro ordenamiento jurídico interno, fundamentalmente, en el artículo 32 de la LCSP relativo a los “Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados”, cuyo apartado 7 se refiere específicamente a las limitaciones respecto de los negocios jurídicos que puede celebrar el medio propio destinatario del encargo en los siguientes términos:

«7. A los negocios jurídicos que los entes destinatarios del encargo celebren en ejecución del encargo recibido de conformidad con el presente artículo, se le aplicarán las siguientes reglas:

a) El contrato quedará sometido a esta Ley, en los términos que sean procedentes, de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y valor estimado de los mismos y, en todo caso, cuando el medio propio no sea un poder adjudicador se le aplicarán las normas contenidas en el Título I del Libro Tercero de la presente Ley.

b) El importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo. No se considerarán prestaciones parciales aquellas que el medio propio adquiera a otras empresas cuando se trate de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación.

No será aplicable lo establecido en esta letra a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios. Igualmente no será de aplicación en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

Tampoco será aplicable a los contratos que celebren los medios propios a los que se les haya encargado la prestación de servicios informáticos y tecnológicos a la Administración Pública con el fin de garantizar la compatibilidad, la comunicabilidad y la seguridad de redes y sistemas, la integridad, fiabilidad y confidencialidad de la información, así como a los que celebren los medios propios cuyas funciones sean el fomento de las telecomunicaciones, el desarrollo de la sociedad de la información y sociedad digital.

Excepcionalmente podrá superarse dicho porcentaje de contratación siempre que el encargo al medio propio se base en razones de seguridad, en la naturaleza de la prestación que requiera un mayor control en la ejecución de la misma, o en razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución. La justificación de que concurren estas circunstancias se acompañará al documento de formalización del encargo y se publicará en la Plataforma de Contratación correspondiente conjuntamente con éste.»

Código Seguro De Verificación	WKbovxLhcJxRT++8vpLxtw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Francisco Javier Lopez Fernandez Vicesecretario General	Firmado	14/09/2023 13:32:04
Observaciones		Página	5/11
Url De Verificación	https://sede.dipucadiz.es/verifirma/code/WKbovxLhcJxRT++8vpLxtw==		



Como puede apreciarse de la simple lectura del precepto transcrito, el apartado b) del mismo establece una limitación respecto de las prestaciones parciales que el medio propio puede contratar con terceros, de tal forma que éstos no pueden exceder “del 50 por ciento de la cuantía del encargo”. No obstante, el párrafo segundo de ese mismo apartado contiene una excepción, señalando expresamente que dicho límite no será de aplicación «en los supuestos en los que la gestión del servicio público se (...) atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.», tal y como ocurre en el caso que nos ocupa; por lo que la alegación presentada por la recurrente carece claramente de fundamento.

Asimismo, hemos de tener en cuenta que la recurrente achaca un incumplimiento generalizado, sin indicar en qué medida la licitación convocada incumple el pretendido límite del citado apartado 7 del artículo 32 de la LCSP; siendo relevante en este punto subrayar que la recurrente llega a afirmar que el contrato convocado abarca todas las prestaciones propias del servicio público en cuestión, cuando lo cierto es que, tal y como señala el órgano de contratación en su informe, «La licitación en curso afecta únicamente a los servicios de abastecimiento y alcantarillado en Rota. No incluye el servicio de depuración de aguas, ni el servicio de tratamiento terciario que se sigue prestando por Modus Rota. Tampoco la licitación abarca el área territorial del complejo de Costa Ballena en abastecimiento, alcantarillado, ni depuración» (v. Cláusula 1ª PTT)

De otro lado, resulta que la circunstancia alegada por la recurrente relativa a la transformación de la forma de gestión del servicio público, con la supuesta infracción a lo dispuesto al respecto en la legislación sobre Régimen Local, escapa desde luego al ámbito competencial propio de este Tribunal Administrativo, cuyo ámbito objetivo de actuación se limita, en esta materia, a la revisión de la “formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales” (art. 44.2.e) de la LCSP); actuación esta última que no es objeto del recurso presentado.

En este sentido resulta ilustrativa la argumentación realizada el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en un supuesto similar al presente, en el que se cuestionaba la competencia de un medio propio del, entonces, Ministerio de Industria, Energía y Turismo para licitar un contrato en el marco del encargo realizado (Resolución nº 134/2012, de fecha 20 de junio), y que resulta de aplicación pese a ser anterior a la aprobación de la vigente LCSP. Según sostiene el citado Tribunal:

«... habría que plantearse si esta cuestión sobre la competencia del órgano de contratación para llevar a cabo la licitación impugnada puede ser objeto del recurso especial en materia de contratación y si compete a este Tribunal pronunciarse sobre la misma.

Como se ha señalado en el fundamento segundo de la presente Resolución, el artículo 40 del TRLCSP delimita tanto los contratos como los actos que son susceptibles de impugnación a través del citado recurso especial y, entre éstos últimos, la Ley se refiere concretamente a los anuncios, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones de la contratación. Al plantearse los presentes recursos como impugnación de los pliegos, el Tribunal considera que concurren los requisitos materiales legalmente establecidos para la admisión de los mismos. Ahora bien, la alegación de las recurrentes sobre la competencia del órgano de contratación para acometer la licitación impugnada no tiene relación alguna con los pliegos ni con el resto de documentos que establecen las condiciones que han de regir la presente licitación, y tampoco se encuentra entre los otros actos recurribles por esta vía y especificados igualmente en el citado artículo 40.2 del TRLCSP, a la vista de lo cual, este Tribunal estima que no debe admitirse un recurso sobre dicha cuestión.»

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, el presente motivo debe ser desestimado.

5.2.- Vulneración del artículo 284 y apartado primero de la disposición adicional segunda de la LCSP.

Código Seguro De Verificación	WKbovxLhcJxRT++8vpLxtw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Francisco Javier Lopez Fernandez Vicesecretario General	Firmado	14/09/2023 13:32:04
Observaciones		Página	6/11
Url De Verificación	https://sede.dipucadiz.es/verifirma/code/WKbovxLhcJxRT++8vpLxtw==		



Siguiendo la línea anteriormente expuesta, la recurrente alega que el Consejo de Administración de la entidad contratante carece de competencias para “la licitación de un contrato de concesión administrativa”, manifestando que con ello se busca eludir la aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

Considera que se infringe lo dispuesto en el artículo 284 de la LCSP en la medida en que «*MODUS ROTA carece de la competencia para licitar el contrato de concesión pues en modo alguno es Administración pública -su clasificación es la de poder adjudicador no administración pública-*», así como en el apartado primero de la DA 2ª de la LCSP pues, siguiendo el mismo criterio, la competencia para actuar como órgano de contratación correspondería al pleno del Ayuntamiento de Rota.

En otro punto del escrito de interposición del recurso (apartado Tercero), la recurrente incide nuevamente en esta alegación, atribuyendo la competencia para licitar el contrato al pleno municipal, en esta ocasión por considerar que «*los propios Estatutos sociales de MODUS ROTA, determinan que el Consejo de Administración de la sociedad no tiene competencia para licitar un contrato de concesión de servicios como el que nos ocupa*».

El órgano de contratación niega en su informe que se haya producido vulneración alguna, argumentado que «*la contratación pública también se aplica a las PANAPS, poderes adjudicadores no Administraciones Públicas, contenida en el Libro III de la norma supracitada. (Vid. 316). Más concretamente, el artículo 318 dice:...*»; y añade que «*...los artículos y Disposiciones mencionadas por el recurrente pertenecen al ámbito de las Entidades Locales, que no es el caso de Modus Rota, que es un PANAP.*»

Pues bien, estas alegaciones carecen manifiestamente de fundamento. Desconoce la recurrente que la entidad contratante, en calidad de poder adjudicador no administración pública (aspecto este que, sin embargo, reconoce expresamente), se encuentra sujeta a la LCSP en los términos del artículo 32.7 letra a) y artículos 316 y ss. de la LCSP. Asimismo, resulta incorrecta la pretendida aplicación de la DA 2ª, apartado 1º, relativo a los órganos de contratación competentes en el ámbito local, en base a la consideración de que la entidad contratante debiera ser el Ayuntamiento de Rota en su condición de Administración Pública y no la entidad convocante.

Respecto de la alegada incompetencia de MODUS ROTA para licitar el contrato por no ser Administración Pública, no podemos sino posicionarnos en base a lo ya argumentado en el anterior motivo impugnatorio. La recurrente se limita simplemente a negar la competencia de la entidad contratante, en esta ocasión con referencia a la calificación jurídica que merece la entidad convocante a efectos de su actividad contractual, por lo que la misma debe ser desestimada en base al mismo razonamiento expuesto en el anterior motivo, en definitiva, que tal alegación no guarda relación alguna con los pliegos ni con el resto de documentos que establecen las condiciones que han de regir la presente licitación, ni tampoco se encuentran entre los otros actos recurribles mediante recurso especial (artículo 44 de la LCSP), en los términos anteriormente expuestos.

5.3.- Vulneración del apartado séptimo de la disposición adicional segunda de la LCSP.

La recurrente, una vez reproducida la cláusula 9 del PCAP, relativa a la composición de la mesa de contratación, alega que la composición prevista «*vulnera lo dispuesto en el apartado séptimo de la disposición adicional segunda de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, que exige la participación como vocales de la mesa de contratación del secretario y el interventor municipal – no creemos que el espíritu de la norma sea que se sustituyan en las mesas de contratación los funcionarios municipales por personal laboral de una sociedad mercantil-*»

Se opone al presente motivo el informe del órgano de contratación señalando que el citado «precepto se aplica plenamente en los entes locales, Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales. No se resulta de aplicación a las PANAPS que como se ha explicado arriba cumple las disposiciones del Libro III de la Ley.»; y en similares términos se pronuncia AQUALIA en su escrito de alegaciones.

Código Seguro De Verificación	WKbovxLhcJxRT++8vpLxtw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Francisco Javier Lopez Fernandez Vicesecretario General	Firmado	14/09/2023 13:32:04
Observaciones		Página	7/11
Url De Verificación	https://sede.dipucadiz.es/verifirma/code/WKbovxLhcJxRT++8vpLxtw==		



Resulta evidente que tal alegación carece de todo fundamento. Efectivamente, tal y como se ha señalado anteriormente, los poderes adjudicadores que no tengan la condición de administración pública deben acomodar su actividad contractual a lo dispuesto en el Título I del Libro III de la LCSP (art. 316 y ss.), incluyendo aquellos contratos que se celebren por los medios propios personificados en ejecución de un encargo de conformidad con el artículo 32.7 letra a) de la LCSP.

Por el contrario, las previsiones contenidas en el apartado 7 de la DA 2ª de la LCSP, relativas a la composición de las mesas de contratación en las Entidades Locales, resultan de aplicación exclusivamente a estas últimas, no siendo posible aplicar, ni directa ni analógicamente, dicha regulación a la entidad convocante por el simple hecho de que actúe como medio propio de una entidad local.

No siendo por tanto un precepto de aplicación, no se ha producido la infracción alegada por la recurrente, la cual debe ser igualmente desestimada.

5.4.- Vulneración de los artículos 102 y 285 de la LCSP.

Como último motivo impugnatorio, la recurrente se refiere al estudio de viabilidad económico-financiero considerando infringidos los artículos 102 y 285 de la LCSP.

En tal sentido alega que:

«Como se indica en la hipótesis de revisión tarifaria del estudio de viabilidad “las alteraciones económicas provenientes de crisis globales producidas en un primer momento por el estancamiento de los sistemas productivos debido a la crisis del Covid -19, tras la cual surgió un periodo inflacionista por la rotura de stocks ocasionados por la falta de producción y la demanda que se produjo en lo que se ha denominado “la nueva normalidad”, para continuar con la guerra de Ucrania. Esta guerra, que continúa en la actualidad, ha contribuido a que dicho periodo inflacionista haya seguido creciendo y añade una crisis energética que está elevando los precios de los combustibles y gas de una forma exponencial”. Por ello, igual de que como se afirma en el estudio, “resulta razonable pensar que la evolución de los índices debe tender a medio plazo a estabilizarse y que de cara al Estudio de Viabilidad no sería lógico contemplar que los valores de los índices a fecha de este estudio se sostengan en el tiempo durante un periodo muy prolongado.”, también es razonable actualizar los costes de inversión, de telelectura, localizadores, plataforma de ciudad inteligente y energía eléctrica al año de la licitación del contrato, pero no partir de unos costes del año 2016.

Y ello, porque se podría sostener que la inflación no va a estar a los niveles de estos años durante todo el periodo de duración del contrato, pero lo que no se puede sostener, es que los precios actuales van a descender hasta los niveles del año 2016.

*En este sentido el artículo 102 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público es claro. Así, el apartado 3 indica que “Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, **atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación** y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados”. De lo que se infiere que lo que no sea precio de mercado no resulta jurídicamente admisible.*

Asimismo, en el estudio de viabilidad no están contemplados las siguientes partidas de costes que es necesario considerar para la prestación del servicio:

- Licencia GIS.
- Reemplazo de caudalímetros.
- Licencia localizadores.
- Licencias y mantenimiento del sistema informático de atención comercial.
- Mantenimiento plataforma ciudad inteligente.

Código Seguro De Verificación	WKbovxLhcJxRT++8vpLxtw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Francisco Javier Lopez Fernandez Vicesecretario General	Firmado	14/09/2023 13:32:04
Observaciones		Página	8/11
Url De Verificación	https://sede.dipucadiz.es/verifirma/code/WKbovxLhcJxRT++8vpLxtw==		



La ausencia de partidas de costes necesarias para la correcta prestación supone un incumplimiento de lo dispuesto en el art. 285 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.»

Respeto de este motivo, el órgano de contratación señala en su informe que «Las cuestiones que se plantean en este punto CUARTO del recurso ya fueron respondidas en tiempo y forma por parte de MODUS ROTA en las alegaciones presentadas por HIDRALIA durante el periodo de exposición pública al que fue sometido el estudio de viabilidad económico financiero, por lo que nos remitimos a las mismas respuestas motivadas que ya se aprobaron por parte del Consejo de Administración de MODUS ROTA y que dieron lugar a la desestimación de las mismas. (Ver páginas 228-233 del índice de contenidos.). (...) Las alegaciones presentadas por HIDRALIA, así como la desestimación de las mismas por parte del Consejo de Administración de MODUS ROTA han sido publicadas en el proceso de licitación pública con el resto de documentación de la licitación, estando a disposición de todos los interesados a concurrir en este proceso de concesión de servicios públicos.»

Por su parte, AQUALIA alega, tal y como ya se adelantó en el Fundamento de Derecho Segundo de la presente resolución, que el recurso debe considerarse extemporáneo ya que «el estudio de viabilidad económico-financiera y los anteproyectos de inversión ahora impugnados son susceptibles de impugnación individualizada y la recurrente no los impugnó en el momento procedimental oportuno».

Efectivamente podría plantearse la concurrencia de la citada causa de inadmisión, siguiendo la teoría de la *actio nata*, al menos en lo que se refiere al presente motivo impugnatorio pues, tal y como señala el órgano de contratación en su informe, el estudio de viabilidad fue aprobado (con desestimación de las alegaciones presentadas por la, ahora, recurrente) con fecha 2 de mayo de 2023, siendo el mismo susceptible de impugnación autónoma según ha puesto de manifiesto, vgr, la propia Resolución citada en el escrito de alegaciones (Resolución nº 157/2022 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid)

No obstante lo anterior, en el expediente remitido no consta la fecha en que dicho acto de aprobación fue notificado a la recurrente, sino tan solo que el mismo fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público junto con los demás documentos integrantes del expediente de contratación el día 27 de junio de 2023, razón por la que no resulta posible apreciar el carácter extemporáneo de esta alegación.

En cualquier caso, refiriéndonos ya al fondo del motivo impugnatorio, la recurrente no justifica qué concreta infracción a lo dispuesto en el artículo 285 de la LCSP se ha producido respecto de los costes incluidos en el estudio de viabilidad económico financiero, ni aporta un solo dato objetivo o constatable que permita sopesar la incorrección del mencionado estudio en cuanto a la acomodación de los precios al mercado, de tal forma que la alegación efectuada únicamente puede ser calificada como una apreciación genérica y meramente subjetiva de la recurrente que, en modo alguno, debe prevalecer sobre las consideraciones contenidas en un estudio que ha sido formalmente elaborado, tramitado y aprobado en los términos previstos en la normativa de aplicación.

A mayor abundamiento, resulta que la invocación del artículo 102 de la LCSP es totalmente improcedente, de un lado, porque el mismo se refiere a la determinación del precio del contrato (aspecto este sobre el que nada se discute), y no sobre los costes a tener en consideración con motivo del análisis sobre la viabilidad económica-financiera del servicio; y de otro, porque el citado precepto exige que el «precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación», es decir, sin tener en cuenta los índices destinados a la revisión del mismo, tal y como erróneamente pretende la recurrente (v. Resolución TACRC nº 966/2023, de 9 de julio)

Asimismo, debemos subrayar que el órgano de contratación dio respuesta a las alegaciones planteadas por la recurrente en el trámite de información pública al que fue sometido el estudio de viabilidad económico-financiero en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 285 de la LCSP, las cuales son, según el certificado del acuerdo de aprobación del citado estudio de fecha 2 de mayo de 2023, idénticas a las contenidas en el recurso ahora presentado. Así, por ejemplo, en lo que se refiere a los costes que, según la recurrente, no se incluyen en el estudio, el órgano de contratación desestimó tal alegación, indicando el

Código Seguro De Verificación	WKbovxLhcJxRT++8vpLxtw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Francisco Javier Lopez Fernandez Vicesecretario General	Firmado	14/09/2023 13:32:04
Observaciones		Página	9/11
Url De Verificación	https://sede.dipucadiz.es/verifirma/code/WKbovxLhcJxRT++8vpLxtw==		



apartado concreto en el que se encuentran recogidos. Con ello se quiere poner de manifiesto que la recurrente se ha limitado simplemente a reproducir el contenido de las alegaciones ya presentadas, sin añadir ningún otro argumento que rebata la desestimación de las mismas con la finalidad de que este Tribunal pudiera revisar alguna supuesta infracción, o dicho con otras palabras, a sabiendas de su improcedencia.

Por todo ello, esta alegación también debe ser desestimada.

SEXTO.- Resta que nos pronunciemos sobre la petición que realiza el órgano de contratación en su informe para que se valore «*la posible temeridad o mala fe en la interposición de este recurso por el recurrente y en caso favorable, imponga la multa que proceda tal y como se establece en el artículo 58 de la LCSP*».

Según el apartado 2 del artículo invocado por el órgano de contratación:

«En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

El importe de la multa impuesta se ingresará en todo caso en el Tesoro Público.»

Cuando nos referimos a la temeridad o mala fe nos hallamos ante conceptos jurídicos indeterminados cuya aplicación requiere llevar a cabo una labor interpretativa en función de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, si bien es cierto que dichos conceptos, derivados del derecho procesal, han ido quedando perfilados por innumerables pronunciamientos judiciales. Así, según ha señalado el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sentencia nº 624/2019), «*Los conceptos de temeridad y mala fe resultan determinantes a este fin y la reciente STS 286/2019, de 30 de mayo, con cita de otras anteriores, ha precisado estos conceptos, que son próximos pero no idénticos. Dice la sentencia que "mientras la temeridad hace referencia al modo objetivo de ejercer las acciones legales, adjetivando un desempeño que resulta claramente infundado respecto del que es su marco legal regulatorio, la mala fe tiene un contenido subjetivo e intencional, cuya significación se alcanza desde la individualización - también subjetiva- de su opuesto. Sólo la identificación del difuso alcance que tiene la buena fe procesal, permite proclamar dónde arranca la transgresión del deber y cuándo concurre el elemento del que el legislador ha hecho depender la aplicación de las costas. La buena fe es un estado de convicción de que el pensamiento se ajusta a la verdad o exactitud de las cosas; por lo que, a efectos del derecho procesal, la buena fe es la calidad jurídica de la conducta legalmente exigida de actuar en el proceso con probidad, esto es, con el sincero convencimiento de hallarse asistido de razón. La buena fe hace así referencia a un elemento ético cuyo contenido negativo, esto es, la ausencia de buena fe, comporta una actitud personal, consciente y maliciosa, de actuar de manera procesalmente desviada, bien en el sentido de obrar ilícitamente o, incluso, en el de engañar. No es pues extraño que nuestra jurisprudencia haya destacado que la mala fe, por su carácter subjetivo, es fácil de definir, pero difícil de acreditar; lo que podemos decir que no acontezca con la temeridad, que únicamente precisa de una evaluación de contraste respecto de los postulados de la ciencia jurídica (SSTS 291/2017, de 24 de abril o 423/2018, de 26 de septiembre).*

(...)

Como factores reveladores de aquella temeridad o mala fe suele indicarse más que la objetiva falta de fundamento o inconsistencia de la acusación, la consciencia de ello por parte de quien, no obstante, acusa. Lo que no empece que sea la evidencia de esa falta de consistencia la que autorice a inferir aquella consciencia. Así se impone la condena cuando se estime que existen "razones para suponer que no le asistía el derecho" o cuando las circunstancias permiten considerar que "no podía dejar de tener conocimiento de la injusticia y sinrazón de su acción".»

Código Seguro De Verificación	WKbovxLhcJxRT++8vpLxtw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Francisco Javier Lopez Fernandez Vicesecretario General	Firmado	14/09/2023 13:32:04
Observaciones		Página	10/11
Url De Verificación	https://sede.dipucadiz.es/verifirma/code/WKbovxLhcJxRT++8vpLxtw==		



Pues bien, en el presente caso y tal y como se ha indicado a lo largo de la presente Resolución, varios de los argumentos de la recurrente carecen manifiestamente de fundamento. Así ocurre con la constante negativa sobre el régimen de aplicación a la actividad contractual de los poderes adjudicadores no administración pública, o con el empecinamiento en la aplicación de las normas reguladoras de la contratación propias de las entidades locales.

No obstante no podemos olvidar que tales argumentos no son sino la consecuencia lógica del mantenido en el primer motivo impugnatorio, esto es, la falta de competencia de MODUS ROTA para licitar el contrato en cuestión en los términos que ya han quedado expuestos, aspecto este sobre el que sí es posible apreciar la existencia de una cierta controversia jurídica; sin perjuicio de que, como también hemos visto, la misma escape al ámbito objetivo de competencia de este Tribunal Administrativo a pesar de que concurran, al menos desde el punto de vista formal, los requisitos necesarios para admitir el recurso en base al acto (pliegos) que es objeto del mismo. Por tal motivo, este Tribunal no aprecia la existencia de temeridad o mala fe.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal **RESUELVE:**

PRIMERO.- Desestimar el recurso interpuesto por la mercantil HIDRALIA GESTIÓN INTEGRAL DE AGUAS DE ANDALUCÍA S.A, contra los Pliegos y demás documentos contractuales que han de regir el procedimiento de contratación convocado por la entidad Movilidad y Desarrollo Urbano Sostenible, S.L. (MODUS ROTA), para la «Concesión de los servicios de abastecimiento y alcantarillado del municipio de Rota» (Expte. PACS 1/2023), por los motivos expuestos en los Fundamentos de Derecho.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento de contratación en lo que se refiere al presente expediente de Recurso especial R018/2023, sin perjuicio del mantenimiento de la suspensión acordada respecto de este mismo procedimiento de contratación el pasado día 1 de septiembre de 2023 en el expediente de recurso especial R019/2023, en tanto que no se resuelva su levantamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

TERCERO.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición de del recurso, por lo que no precede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58 de la LCSP.

CUARTO.- Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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”.

Conocida la citada Propuesta de Resolución, el Tribunal, previa deliberación y por unanimidad de sus miembros **ACUERDA** aprobarla en los términos expuestos”.

Para que conste y surta los efectos oportunos expido la presente, en el lugar y fecha de la firma electrónica.

El Secretario del Tribunal.

Código Seguro De Verificación	WKbovxLhcJxRT++8vpLxtw==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Francisco Javier Lopez Fernandez Vicesecretario General	Firmado	14/09/2023 13:32:04
Observaciones		Página	11/11
Url De Verificación	https://sede.dipucadiz.es/verifirma/code/WKbovxLhcJxRT++8vpLxtw==		

