

Recurso 188/2021

Resolución 434/2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 5 de noviembre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FUNERARIA EL RECUERDO, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato denominado “Concesión de los servicios de cementerios, tanatorio y crematorio en el Municipio de Almería”, promovido por el Ayuntamiento de Almería (Expte. C-18/21), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 14 de abril de 2021, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. El citado anuncio se publicó el 11 de abril de 2021 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, poniéndose los pliegos a disposición de los interesados a través del citado perfil al día siguiente.

El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 24.566.741,6 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y disposiciones reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. El 30 de abril de 2021, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad FUNERARIA EL RECUERDO, S.L. (FUNERARIA EL RECUERDO, en adelante) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) de la citada contratación.



La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, siendo recibida la misma con posterioridad en el registro de este Órgano.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, no se han formulado en el plazo concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Almería no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, aun cuando no haya presentado oferta en la presente licitación.

La recurrente funda su impugnación en la desventaja o perjuicio que la cláusula impugnada supone para potenciales licitadores distintos de la anterior empresa adjudicataria. Desde esta óptica, cabe apreciar su interés legítimo en la impugnación del PCAP, pues una eventual resolución estimatoria de su pretensión permitiría la remoción de los obstáculos que para la recurrente supone la redacción actual de la cuestionada cláusula del pliego.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra el PCAP rector de un contrato calificado como concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a 3 millones de euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública; por tanto, debe admitirse el recurso contra el anuncio y los pliegos al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 c) y 2 a) de la LCSP.



CUARTO. Plazo de interposición.

El artículo 50.1 b) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante (...).”

En el supuesto analizado, el anuncio de licitación fue publicado en el perfil de contratante el 11 de abril de 2021 y los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil el 12 de abril. Por tanto, el recurso presentado en el registro electrónico de este Tribunal el 30 de abril de 2021 se ha formalizado en plazo.

QUINTO. Motivos del recurso y alegaciones del órgano de contratación.

La recurrente solicita la anulación de la cláusula 6.5 del PCAP en lo relativo al “canon concesional inicial”, cuyo tenor es el siguiente:

“El concesionario vendrá obligado a satisfacer al Ayuntamiento de Almería en el momento de formalización del contrato en documento administrativo un canon inicial por el importe del valor de las obras e instalaciones ya construidas que se ponen a disposición del concesionario para la prestación del servicio y que están pendientes de amortizar parcialmente como consecuencia de la extinción anticipada de la concesión anterior, en virtud de la Sentencia firme número 138, de 2 de febrero de 2015, de la Sección Primera de la Sala de Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada.

El importe de dicho canon inicial, de conformidad con el estudio de viabilidad aprobado por esta Administración, asciende a la cantidad de 3.987.665,35 €.

En caso de que resulte adjudicataria la empresa que actualmente, por razones de interés público, viene prestando los servicios objeto de la concesión, no estará obligada a satisfacer en el momento de la formalización del contrato el canon inicial anteriormente indicado, dado que ya ha satisfecho el citado importe. En este supuesto, en el plazo máximo de seis meses desde la formalización del contrato, se procederá a la liquidación del anterior contrato de concesión, debiendo ingresar la citada empresa, en su caso, en el plazo de treinta días a contar desde la fecha de



notificación del acuerdo por el que se apruebe la liquidación, las cantidades que pudieran resultar a favor del Ayuntamiento”.

Alega la recurrente que la citada cláusula supone una notoria vulneración de los principios de igualdad y libre concurrencia, puesto que a la actual concesionaria se le está eximiendo del abono del canon inicial en caso de adjudicación, mientras que al resto de empresas que liciten se les está obligando a abonar un importe de casi 4 millones de euros en caso de resultar adjudicatarias. Señala que dicho canon es del todo desmesurado y *“tiene todos los visos de enmascarar una indemnización a la actual adjudicataria en caso de no ser prorrogado el actual contrato, ya que si no es del todo inentendible para esta parte como solo se les exige canon a las nuevas concurrentes y no a la actual, no teniendo estas que asumir costes o beneficios que haya dejado de percibir la empresa que gestiona los servicios funerarios ofertados”.*

Asimismo, FUNERARIA EL RECUERDO esgrime vulneración del principio de transparencia, puesto que en el pliego reza que el canon inicial a abonar es por el importe del valor de las obras e instalaciones ya construidas que se ponen a disposición del concesionario para la prestación del servicio, sin que el citado pliego haya plasmado el origen o la justificación de este cálculo o la base fáctica pertinente para determinar este importe. Alega que solo se indica que el importe del canon se ha establecido según el estudio de viabilidad aprobado por el Ayuntamiento, el cual se basa en unos precios de los cuales no se tiene ninguna certeza ni base probatoria, ya que no se aporta justificación, facturas ni ninguna documentación contable y tampoco se facilita la consulta de esa documentación.

Concluye, pues, que el Ayuntamiento de Almería no está promoviendo en ningún caso la concurrencia de las PYMES y está favoreciendo a la actual adjudicataria.

Frente al alegato expuesto se alza el órgano de contratación en su informe al recurso, esgrimiendo que no se ha producido infracción de ninguno de los principios básicos de la contratación pública denunciados en el recurso. Manifiesta que el estudio de viabilidad económico-financiera se sometió a trámite de información pública y también se ha publicado en el perfil de contratante, pudiendo además la recurrente haber solicitado información adicional al órgano de contratación conforme a lo estipulado en el artículo 138.3 de la LCSP, lo que no hizo.

Asimismo, señala que la actual adjudicataria ya ha satisfecho la totalidad de las inversiones proyectadas, si bien no ha podido recuperar en su totalidad el montante invertido, ya que la duración inicialmente prevista del contrato se verá interrumpida por la ejecución de la Sentencia 138/2015, de 2 de febrero de 2015, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Por consiguiente, manifiesta el órgano de contratación que lo que resultaría discriminatorio y podría atentar contra los principios de igualdad y libre concurrencia sería obligar a la actual adjudicataria a abonar dos veces el montante pendiente de amortizar de las inversiones realizadas, que se



materializa en el canon inicial previsto en la cláusula impugnada 6.5 del PCAP, en caso de resultar nuevamente adjudicataria del contrato.

Por último, respecto al impedimento de acceso de las PYMES, alega que la propia naturaleza del objeto contractual exige unos requisitos de solvencia económica y una capacidad financiera que pudiera resultar inalcanzable para empresas de reducida dimensión, si bien la exigencia del canon inicial no impide la concurrencia de las PYMES que podrían acceder a la contratación a través de la vía de la subcontratación.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Hemos de comenzar analizando el alegato del recurso en que se denuncia vulneración de los principios igualdad de trato y de libre concurrencia. Para ello, se ha de partir del contenido del Informe 21/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado -al que se refiere el órgano de contratación en su informe al recurso- que fue emitido precisamente a raíz de la consulta formulada por el Ayuntamiento de Almería ante la situación singular provocada por la extinción anticipada, en cumplimiento de una sentencia firme, de un contrato anterior regido por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, relativo a la gestión de servicio público en la modalidad de concesión administrativa para la explotación del servicio municipal de cementerios y tanatorio-crematorio en el municipio de Almería con la empresa ASV FUNESER, S.L.

En el citado informe de la Junta Consultiva se señalaba, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

“El Ayuntamiento de Almería plantea si, tras la liquidación de una concesión de servicios anterior, resulta ajustado a derecho establecer en los nuevos pliegos de cláusulas administrativas particulares una cláusula que obligue al futuro adjudicatario a abonar al Ayuntamiento un canon o aportación inicial por un importe equivalente al valor de los activos no amortizados durante el anterior contrato. Se indica que el Ayuntamiento pondría dichos activos a disposición del nuevo adjudicatario para su explotación. También especifica la consulta la forma jurídica que tomaría el ingreso y las condiciones en que la cláusula se establecería.

(...)

El análisis de la presente cuestión nos obliga a diferenciar dos contratos, siempre teniendo en cuenta que esta Junta no prejuzga si el nuevo contrato constituye realmente una concesión: el primero de ellos es un contrato de gestión de servicios públicos bajo la modalidad de concesión adjudicado al amparo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y que concluyó por culpa de la Administración con las consiguientes consecuencias indemnizatorias para el órgano de contratación; el segundo es un nuevo contrato de concesión de servicios que se va a licitar al amparo de la nueva LCSP, siendo esta la normativa a la cual deberá atenderse para responder la consulta. El



régimen jurídico del contrato de concesión de servicios se contiene en el Capítulo III del Título II del Libro Segundo de la Ley (artículos 284 a 297 LCSP). Pues bien, como se deduce de los artículos 285.2 y 287 de la LCSP, la prestación objeto de este contrato puede suponer la ejecución y explotación de obras e instalaciones afectas al servicio. Este es el caso que nos ocupa en el presente informe.

En estos supuestos lo normal es que, como también ocurre en el caso que nos atañe, una vez finalizado el plazo de la concesión, el servicio revierta a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

Pero, como indica la consulta, en este caso no fue posible cumplir íntegramente el plazo descrito en la concesión, resultando anulada la adjudicación mediante una resolución judicial que declaraba la existencia de una causa de nulidad insubsanable. Esta resolución produjo el efecto de que, conforme al artículo 42.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y por un elemental principio del derecho, el contrato entrase en liquidación, surgiendo la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo. Si esto no fuese posible, como ocurre en el presente caso porque existe la obligación de reversión, se devolverá su valor.

En este caso, realizada por el concesionario anterior la totalidad de las obras que debían ser amortizadas a lo largo del periodo de vigencia previsto contractualmente para la concesión, la ruptura de este periodo de amortización le supone un perjuicio evidente, perjuicio que ha de ser debidamente indemnizado conforme al citado artículo 42 de la LCSP.

(...)

Pues bien, en caso de culpa de la Administración contratante la reversión se ha de realizar, conforme al artículo 295 LCSP, con la obligación de abonar al concesionario en todo caso el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de los servicios objeto de concesión, atendiendo a su grado de amortización. Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal de la inversión.

Si la Administración va a tener que abonar una cantidad como consecuencia de la asunción de unas obras que formaban parte de la concesión inicial, y si el nuevo concesionario se va a ver beneficiado por la explotación de las nuevas obras durante la vida de la concesión, reduciendo la carga que para



el mismo representa con respecto al primer contrato, resulta razonable que se repercuta al nuevo concesionario el valor de los activos que le aporta y que no ha tenido que ejecutar como parte del objeto de la prestación.

En efecto, al amparo del principio de libertad de pactos, es posible que en pliego se prevea que las obras no amortizadas completamente se integren en el contrato de concesión a cambio de su valor, estableciendo como compensación un canon o aportación inicial a favor de la Administración o entidad del sector público contratante por una cantidad equivalente a dicho valor. Si las obras o instalaciones mencionadas constituyen un activo indispensable para la prestación del servicio, y teniendo las mismas un valor residual derivado su grado de amortización parcial, cabe establecer una cantidad a favor de la Administración o poder adjudicador correspondiente como compensación de su puesta a disposición del nuevo concesionario. Cabe recordar, en este punto, que el artículo 285.1 b) LCSP permite que el concesionario asuma, entre las obligaciones establecidas en el pliego de la concesión, la de pagar un canon o participación a la Administración concedente. (El subrayado es nuestro)

(...)

De conformidad con lo anteriormente expuesto cabe concluir que, en un caso como el presente, resulta completamente razonable que el nuevo concesionario asuma la financiación parcial de las obras integradas en la concesión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 265.1 de la LCSP”.

Pues bien, como hemos señalado, el citado informe de la Junta Consultiva se pronuncia sobre una cuestión que afecta singularmente a la licitación que se examina como consecuencia de la extinción anticipada -en cumplimiento de una sentencia firme- de un contrato anterior de concesión para la explotación del servicio municipal de cementerios y tanatorio-crematorio en el municipio de Almería.

En dicho contrato, el concesionario había realizado la totalidad de las obras que habían de amortizarse durante el plazo de la concesión, siendo incuestionable por mandato legal (artículo 295 de la LCSP) que, al producirse la resolución contractual anticipada por causa imputable a la Administración y tener que revertir a la misma dichas obras, esta venía obligada a abonar al concesionario el importe de las inversiones realizadas pendientes de amortizar.

Lo hasta aquí expuesto no es más que el contexto legal que da respuesta a la situación descrita. Ahora bien, lo que el informe del citado Órgano Consultivo aborda es si, habida cuenta de que va a adjudicarse una nueva



concesión de servicios -la aquí examinada-, es posible que el nuevo concesionario que vaya a explotar las nuevas obras que no ha tenido que ejecutar con la consiguiente reducción de la carga que para el mismo hubiese representado llevarlas a cabo, abone a la Administración contratante un canon o aportación inicial por cantidad equivalente al valor de dichas obras pendiente de amortizar.

Sobre esta cuestión, el Informe 21/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado es claro al concluir que *“De acuerdo con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cabe la posibilidad de que en los pliegos de una nueva concesión de servicios se prevea que las obras no amortizadas completamente como consecuencia de la extinción anticipada de una concesión anterior, y que se pongan disposición del nuevo concesionario como activo necesario para la explotación del servicio, se integren en el nuevo contrato de concesión a cambio de su valor, bien en forma de canon o bien de aportación inicial a favor de la Administración o entidad del sector público contratante”*.

Partiendo de esta base argumental realizada por el Órgano consultivo con apoyo en los preceptos de la LCSP reguladores de la concesión de servicios y también de obras -como el artículo 265.1 cuando establece que *“Las obras objeto de concesión serán financiadas, total o parcialmente, por el concesionario que, en todo caso, asumirá el riesgo operacional(...)”*-, la redacción de la cláusula 6.5 del PCAP sobre el canon concesional inicial resultaría ajustada a derecho y respondería al tenor de la conclusión del informe mencionado. Así pues, desde esta perspectiva y enfoque jurídico, no cabe sostener que se vulnera el principio de libre concurrencia con la fijación de un canon inicial que, a juicio de la recurrente, resulta desmesurado; pues de no haber concurrido la situación singular expuesta y al ser necesarias las obras no completamente amortizadas para la explotación del servicio, el nuevo concesionario habría tenido que ejecutarlas realizando si cabe una inversión mayor. Téngase en cuenta que, en el caso examinado, el canon inicial es equivalente al valor de los activos no amortizados y no al importe total de las obras o instalaciones que se afectan a la explotación de la concesión.

Por la misma razón, no puede apreciarse vulneración sustantiva del principio de igualdad de trato por el hecho de que se prevea en la cláusula impugnada que *“En caso de que resulte adjudicataria la empresa que actualmente, por razones de interés público, viene prestando los servicios objeto de la concesión, no estará obligada a satisfacer en el momento de la formalización del contrato el canon inicial anteriormente indicado, dado que ya ha satisfecho el citado importe”*. Aun cuando formalmente pudiera apreciarse *prima facie* una infracción del citado principio, lo cierto es que esta aparente desigualdad tiene su causa en una situación singular que impide tratar en origen de manera igualitaria al anterior concesionario -caso de que participe en el nuevo procedimiento- y al resto de potenciales licitadores. En efecto, de no establecerse tal previsión en el pliego, se estaría penalizando al anterior concesionario que, no habiendo recuperado totalmente el importe de su inversión, para poder licitar en el nuevo contrato tendría que desembolsar una aportación inicial por el valor de las cantidades que se le adeudan. Tal



solución se representa ilógica e irrazonable y precisamente provocaría una situación de desigualdad en perjuicio de aquel con relación al resto de licitadores potenciales concesionarios.

No se está otorgando a juicio de este Tribunal una ventaja real al anterior concesionario por no imponerle la obligación de pago del canon inicial. No se vulnera el principio de igualdad de trato por dar un tratamiento diferenciado en la nueva licitación a situaciones que de partida son diferentes: la del anterior concesionario y la del resto de potenciales licitadores. Se vulnera la igualdad cuando se tratan desigualmente situaciones idénticas, no cuando se tratan de modo distinto situaciones diferentes en atención a las circunstancias que concurran en cada caso. De resultar adjudicatario del nuevo contrato el anterior concesionario no abonará el canon inicial y podrá explotar las obras que ejecutó amortizando la parte pendiente y de resultar adjudicatario otro licitador distinto, se beneficiará de la explotación de unas obras necesarias que no ha tenido que ejecutar a cambio de abonar al Ayuntamiento el valor de las mismas pendientes de amortizar. Este tratamiento diferenciado según sea concesionario el anterior contratista u otro licitador no hace sino equiparar en sede de ejecución de la nueva concesión situaciones que, de partida, son diferentes.

En este sentido, como señala la Sentencia 76/1990, de 26 de abril, del Tribunal Constitucional “*Sobre el alcance del principio de igualdad ante la Ley este Tribunal ha elaborado en numerosas Sentencias una matizada doctrina cuyos rasgos esenciales pueden resumirse como sigue: a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos*”.

También el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se hace eco de esta doctrina del Tribunal Constitucional. Así, en su Resolución 40/2014, de 24 de enero, señala:

«En este sentido, y en lo que atañe al general alcance del principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 14 de la Constitución, es dable citar el Auto del Tribunal Constitucional



328/2007, de 12 de julio, que hace adecuada recensión de la doctrina consolidada sobre el particular, al afirmar:

“El art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.

Como tiene declarado este Tribunal desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en relación con el art. 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y concurra una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados(...)”»

A mayor abundamiento, en el supuesto examinado, visto que es posible -y así se sostiene en el Informe 21/2019 de la Junta Consultiva- prever en los pliegos de la nueva concesión el canon inicial que se cuestiona en el recurso, no resultaría razonable, lógico ni proporcionado que el anterior concesionario tuviese que abonarlo en caso de haber licitado y resultar adjudicatario. Si así se hubiere previsto en los pliegos, se estaría vulnerando su derecho de acceso al imponerle una carga en modo alguno equiparable a la del resto, como es la de abonar una cantidad dirigida precisamente a la liquidación del valor de unas obras que tiene derecho a percibir; es decir, estaría pagando, por mor del canon inicial cuestionado, la cantidad que se le adeuda, lo que se traduce en tener que pagar lo mismo dos veces.



Por otro lado, debe tenerse en cuenta que, si bien el importe del canon inicial es elevado, dada la magnitud y complejidad del contrato de concesión cuya configuración en los pliegos no ha sido cuestionada por la recurrente, los potenciales licitadores que aspiren a su adjudicación deberán contar con un elevado nivel de solvencia económica y técnica, lo que hace presumir su mejor disposición para hacer frente a dicho desembolso inicial.

En definitiva, pues, en atención a la singular situación descrita y una vez admitida la posibilidad de imponer un canon inicial al nuevo concesionario tal y como se ha analizado en el informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, aunque el PCAP hubiese omitido la no exigencia de su abono por el anterior concesionario caso de resultar adjudicatario, la ejecución material del pago tampoco hubiese operado en la práctica en virtud del mecanismo de la compensación de deudas, ex artículos 1195 y siguientes del Código Civil. Por tanto, no ha habido en realidad una exención material de la obligación respecto a aquel.

Se concluye, pues, que la cláusula impugnada no genera desigualdad real o material y en consecuencia no incurre en la infracción del principio de igualdad denunciada en el escrito de recurso.

Por otro lado, tampoco cabe apreciar vulneración del principio de transparencia. La recurrente invoca tal vulneración basándose en que el pliego no ha plasmado la justificación del cálculo del canon y que no se aportan facturas, documentación contable u otra justificación.

Como señala el órgano de contratación en su informe al recurso, y este Tribunal ha constatado tras el examen del expediente remitido, el valor de las inversiones pendientes de amortizar está detallado en el “Plan de Inversiones de la Futura Concesión de Servicios Públicos de Cementerio, Tanatorio y Crematorio del Municipio de Almería” que figura en el estudio de viabilidad económico- financiera del contrato, donde se establecen las fuentes utilizadas para la obtención de los datos relativos al valor de dichas inversiones.

El citado estudio de viabilidad, aparte de someterse al trámite de información pública, fue publicado en el perfil de contratante junto con los pliegos de la contratación, pudiendo la entidad recurrente y cualquier potencial licitador interesado comprobar los datos, valores y demás extremos tomados en consideración para el cálculo del importe de las inversiones pendientes de amortizar. No obstante, según manifiesta el órgano de contratación, no se efectuó ninguna alegación al plan de inversiones contenido en el estudio de viabilidad durante el trámite de información pública del citado estudio, como tampoco se solicitó información adicional por parte de la ahora recurrente durante el plazo de presentación de proposiciones al amparo del artículo 138.3 de la LCSP y del apartado 26 del Anexo I del propio PCAP.



No procede, pues, estimar que se haya vulnerado el principio de transparencia en los términos esgrimidos por la recurrente.

Por último, el alegato de la recurrente de que, habida cuenta del importe del canon inicial, el órgano de contratación no está promoviendo la concurrencia de las PYMES es una apreciación que no puede analizarse aisladamente sin conexión con el resto del contenido del PCAP. En la cláusula 1.1 del citado pliego se define el objeto del contrato, en la cláusula 1.3 se justifica la unidad del objeto concesional y los motivos que determinan su no división en lotes y en la cláusula 1.4 se justifica la necesidad de celebración del contrato. Asimismo, el Anexo II del mismo pliego determina los requisitos mínimos de solvencia económica y técnica. Tales cláusulas no han sido impugnadas por la recurrente, siendo así que las mismas ponen de manifiesto la gran dimensión objetiva de contrato y los requisitos elevados de solvencia exigidos para garantizar su adecuada ejecución, lo que a la postre determina que el acceso a la licitación pueda estar más restringido.

Esta posible restricción en el acceso trae causa, pues, de la propia naturaleza y dimensión del contrato diseñado en los pliegos y no del contenido aislado de la cláusula impugnada; sin que, además, tal restricción tenga que suponer *per se* infracción de la normativa contractual cuando obedezca a razones válidas y adecuadas expresadas por el órgano de contratación en el expediente, cuestiones estas en las que no entra el recurso aquí analizado.

Con base en las consideraciones realizadas, el recurso debe desestimarse.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FUNERARIA EL RECUERDO, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato denominado “Concesión de los servicios de cementerios, tanatorio y crematorio en el Municipio de Almería”, promovido por el Ayuntamiento de Almería (Expte. C-18/21)

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.



Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

