**Recurso 92/2022**
**Resolución 238/2022**

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

Sevilla, 20 de abril de 2022

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **J.F.F.M.** contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Garrucha (Almería) por el que se adjudica el contrato denominado «Concesión de servicios de abastecimiento de agua potable, servicio de gestión de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales del municipio de Garrucha», promovido por el Ayuntamiento del citado municipio (Expte. 2021/049530/006-103/00001), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 19 de marzo de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público anuncio de licitación, por procedimiento negociado sin publicidad, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día, los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 34.738.503,38 euros.

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

Mediante acuerdo del Pleno de la Corporación de 22 de febrero de 2022 se adjudicó el contrato a la unión temporal de empresas FCC AQUALIA, S.A. y TALLERES Y GRÚAS GONZÁLEZ, S.L.U.

**SEGUNDO.** El 16 de mazo de 2022, tuvo entrada en el Registro del Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por J.F.F.M. contra el acuerdo de adjudicación antes citado.

Mediante oficio de 17 de marzo de 2022, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación, recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que fue posteriormente remitida por el órgano de contratación y recibida en este Tribunal.

Mediante escritos de 4 de abril de 2022, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndose recibido las efectuadas por la entidad FCC AQUALIA, S.A empresa que ha concurrido a la licitación con compromiso de constituirse en UTE, la cual ha resultado adjudicataria.

## 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 Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

En el supuesto examinado, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de una entidad local andaluza, habiendo esta remitido al Tribunal la documentación necesaria para su resolución sin manifestar que disponga de órgano propio a tales efectos. Por tanto, resulta competente este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico.

**SEGUNDO. Legitimación.**

Debe analizarse la legitimación de la persona recurrente para la interposición del presente recurso, toda vez que la misma ha formalizado la impugnación en su condición de Concejal del Ayuntamiento de Garrucha que asistió al Pleno de la Corporación en que se adoptó el acuerdo de adjudicación recurrido, votando en contra del mismo; extremo este que no resulta controvertido.

Al respecto, el artículo 24 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 el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, bajo la denominación «Casos especiales de legitimación», prevé en su apartado 4 que *«Están legitimados para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados»*. Por su parte, el artículo 63.1 b) de Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local dispone que *«Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico:*
*(...)*
*b) Los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos»*.

Conforme a los preceptos mencionados y no siendo cuestionada de contrario la condición de la persona recurrente como Concejal del Ayuntamiento de Garrucha que votó en contra del acuerdo de adjudicación recurrido, la misma ostenta a priori legitimación para la interposición del presente recurso.

**TERCERO. Acto recurrible.**

El recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a tres millones de euros y ha sido convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 c) y 2 c) de la LCSP.

**CUARTO. Plazo de interposición.**

El recurso se ha interpuesto en plazo de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

**QUINTO. Fondo del asunto: sobre las alegaciones de las partes.**

La persona recurrente solicita la anulación de la adjudicación del contrato y funda esta pretensión en los siguientes alegatos:

1. El estudio económico en el que se basan los pliegos de la licitación, con los datos precisos de la previsión de ingresos y gastos, data de 14 de septiembre de 2017, sin que haya sido actualizado; es decir, han transcurrido cinco años sin que los iniciales datos económicos de la memoria hayan sido actualizados, de donde ha de deducirse su desfase respecto a los costes del servicio.

2. En los pliegos rectores de la licitación aparecen consignados los siguientes importes, datos y circunstancias:

- El precio base de licitación anual es 1.389.540,13 euros (IVA 138.954,015 euros).

- La Ordenanza reguladora de las tasas a aplicar a la prestación de los servicios del agua fueron publicadas, el 23 de mayo de 2017, en el Boletín Oficial de la Provincia de Almería. La ordenanza citada no ha sido modificada desde la indicada fecha y en los pliegos se prevé que las tasas establecidas en la misma no pueden revisarse hasta el tercer año de vigencia del contrato.

- Dado que la localidad de Garrucha no posee estación de depuración de aguas residuales (EDAR), *«se contempla un coste estimado de 0,25 euros/m3, y previa firma de Convenio con la empresa gestora de la EDAR de Mojácar, instalación en la que actualmente se lleva a efecto la depuración de las aguas residuales de Garrucha. La licitación ha finalizado, se pretende iniciar la vigencia del contrato de gestión de los servicios del agua, pero el Ayuntamiento no ha concertado ni firmado Convenio alguno; por tanto, la incertidumbre a este respecto es absoluta, ni se conoce en qué condiciones, ni a qué precio se pueden depurar las aguas residuales de la localidad»*.

-Igualmente sucede en lo atinente a la disponibilidad del agua que ha de suministrarse "en alta" en los depósitos municipales de cabecera y proveniente de la desalinizadora de Carboneras, dada la inexistencia de recursos hídricos en el término municipal de Garrucha. Se contempla en los pliegos que el precio de compra del agua para suministro en "alta" es 0.66 euros/m3 y previa firma de convenio con la empresa gestora de las reservas de agua para abastecimiento a la zona del Levante Almeriense. Y añade la recurrente que *«La licitación ha finalizado, se pretende iniciar la vigencia del contrato de gestión de los servicios del agua, pero el Ayuntamiento no ha concertado ni firmado Convenio alguno que asegure el precio y las demás condiciones, volumen o caudal hídrico mínimo necesario para la prestación del servicio de abastecimiento a la población; por tanto, la incertidumbre a este respecto es absoluta, ni se conoce en qué condiciones, ni a qué precio se ha de comprar el agua para suministro en "alta" con la finalidad de abastecimiento a la población de Garrucha»*.

3. El contrato, de formalizarse e iniciar su vigencia, es deficitario y *«no alcanza el equilibrio económico-financiero necesario»*. Además, es el propio Ayuntamiento el que, en parte, coadyuva al desequilibrio económico y falta de viabilidad de aquel, al haber tramitado el procedimiento de adjudicación sin la previa firma de los convenios de depuración de aguas residuales y de suministro de agua "en alta" a la población, dejando abierto un margen de inseguridad en las condiciones de prestación de los servicios indicados por terceros ajenos a la empresa adjudicataria.

4. Es patente que, en virtud de los datos expresados, el desequilibrio económico del contrato es extraordinario no existiendo beneficio razonable del contratista tal y como prevé el artículo 8 del pliego de cláusulas

administrativas particulares (PCAP) al señalar que *«No se admitirán ofertas en las que no se justifique el beneficio razonable del contratista, o en las que manifiestamente se observe un desequilibrio económico a lo largo del contrato que no justifique la viabilidad del mismo»*. Y añade que *«Si el contrato nace con constancia del equilibro económico "roto", nos encontraremos ante la eventual y necesaria modificación del mismo con las limitaciones legales y las reguladas en los Pliegos que impiden alcanzar el equilibrio económico perdido, por lo que cabe estimar que la prestación del servicio a los usuarios será irregular por pérdida de calidad, abocando la situación al Ayuntamiento a suplir las deficiencias económicas con crédito municipal, o trasladar el sobrecoste a los usuarios, situación que no podrá llevarse a efecto hasta el tercer año de la vigencia del contrato, o bien se producirá el desistimiento por parte de la empresa adjudicataria»*.

5. Resulta infringido, por inaplicación, el artículo 152 de la LCSP relativo a la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato y al desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración. En tal sentido, la recurrente manifiesta que *«a nuestro juicio, concurren las circunstancias para desistir del procedimiento de adjudicación, porque efectivamente se ha producido un error insubsanable en la adopción del Acuerdo sobre adjudicación definitiva del contrato, al no haberse revisado y fiscalizado, con exhaustividad, que el contrato no es viable económicamente, con arreglo a la oferta presentada por la adjudicataria, no constando en la misma con la claridad y transparencia necesaria, la estimación de ingresos y costes con arreglo a los precios actuales debidamente contrastados.*

*De otro lado, esta parte entiende que concurre la causa de interés público que justificaría la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato, porque el desequilibrio económico del que se partiría desde la fecha inicial de vigencia supondría la segura alteración del normal funcionamiento del servicio, y las necesarias compensaciones e indemnizaciones a cargo de las arcas municipales con traslado, igualmente, de los sobrecostes que han quedado denunciados, e ignorados, tanto por la entidad adjudicataria, como por el Pleno del Ayuntamiento de Garrucha»*.

El órgano de contratación se alza, en su informe al recurso, contra los alegatos del recurso y esgrime, en síntesis, lo siguiente:

1. El vigente sistema de recursos contractuales tiene como objetivo garantizar una reacción rápida y eficaz frente a los incumplimientos de las normas sobre adjudicación de los contratos, sin que pueda fundamentarse ni admitirse un recurso motivado en el mero control de legalidad sobre la propia base de los estudios de viabilidad, a la vista de la oferta adjudicataria.

2. El fundamento material del recurso es idéntico al formulado por la Entidad Pública Empresarial «GALASA» ante este Tribunal y que fue inadmitido en la Resolución 338/2018, de 13 de diciembre, que declara la conformidad del procedimiento de licitación y la plena legitimidad y legalidad de la decisión de cambiar el modo de gestión del servicio público, pasando de una gestión directa a una de las modalidades de gestión indirecta.

3. Concurre temeridad y mala fe en la interposición del recurso por las siguientes razones:

-El propio interesado, invocando de forma marginal su condición de cargo electo, formuló contra la adjudicación del anterior procedimiento abierto recurso contencioso administrativo y pieza separada de medidas cautelares, que se sustanciaron ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Almería y se fundamentaron en idéntica cuestión a la del actual recurso.

-El recurso trata de deslegitimar el ejercicio de las competencias de la propia Entidad Local en vía de impugnación indirecta, atacando el acto de adjudicación del contrato de concesión de servicios.

-La impugnación de la adjudicación constituye una demora en el ingreso del canon necesario para poder pagar obligaciones pendientes a favor de acreedores *«(…) De ahí que sea exigible al recurrente, no solo la imposición de multa pecuniaria, sino exigir garantía real ante la actual situación por ministerio de la Ley de suspensión del procedimiento de formalización (...)».*

Por último, FCC AQUALIA S.A. en sus alegaciones al recurso, se opone al mismo esgrimiendo lo siguiente:

1. Concurre causa de inadmisión del recurso al no ser objeto del mismo el acto de adjudicación: a juicio de la UTE interesada en el procedimiento, la persona recurrente no llega a impugnar ningún acto administrativo del órgano de contratación *«prueba de ello es que en todo el recurso no se hace mención a la oferta del licitador que ha resultado adjudicatario del contrato, ni tampoco a un incumplimiento por parte de ésta de las bases de licitación, ni menos aún a la falta de evacuación de informes, o de algún trámite legalmente establecido, que afecte a la legalidad o validez de la adjudicación acordada por el órgano de contratación. A lo único que se limita el recurrente en toda su exposición, es a realizar una crítica de las bases contenidas en los Pliegos, en virtud de las cuales deben elaborar las ofertas los licitadores, en concreto el precio del contrato y la Memoria económica que en ellos se incorpora, que desde luego, son cuestiones que no se determinan en el acuerdo de adjudicación, y cuya crítica resulta además en estos momentos a todas luces extemporánea(…).*

*Esta circunstancia, a juicio de esta parte, determina la inadmisibilidad del recurso especial interpuesto, al tener como único objeto la denuncia de una supuesta infracción del artículo 152 LCSP, en concreto la no declaración de desistimiento o renuncia a contratar por parte del Ayuntamiento de Garrucha, falta de pronunciamiento administrativo que desde luego no es susceptible de recurso de especial en materia de contratación.*

*Y es que no basta con señalar que lo que se está recurriendo es el Acuerdo de Adjudicación de un contrato, sino que además para entender que este se recurre, es necesario acompañar esta impugnación con una argumentación motivada acorde con el acto que se recurre (…)»*

2. En última instancia, el recurso debe desestimarse, bien sea porque el desistimiento y/o la renuncia son meras potestades de la Administración, que en este caso el Ayuntamiento de Garrucha ha decidido no ejercitar, bien porque en ningún caso concurren los requisitos exigidos por el artículo 152 de la LCSP para poder ejercitar esta potestad reglada.

**SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.**

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. La persona recurrente insta formalmente la anulación del acto de adjudicación finalizador del procedimiento de licitación, pero un examen atento de las razones que esgrime para fundamentar esta pretensión conduce a estimar que el recurso constituye, en realidad, una impugnación indirecta de actos anteriores firmes y consentidos. Prueba de ello es que no se ataca intrínsecamente la oferta adjudicataria, ni el recurso se detiene en aspecto alguno de dicha proposición que resulte contrario al ordenamiento jurídico y suponga una infracción legal susceptible de corrección a través de la vía del recurso especial.

A lo anterior se suma que el recurso se interpone con un claro contenido preventivo, en la idea de que (i) la situación de incertidumbre que se cierne sobre el contrato futuro ante la inexistencia de estación de depuración de aguas residuales y de recursos hídricos en el municipio de Garrucha, sin la previa firma de los convenios de depuración de aquellas y de suministro de agua "en alta" a la población y (ii) el claro desfase del estudio económico en que se basan los pliegos con previsiones de ingresos y gastos que datan del año 2017 van a abocar inevitablemente a un desequilibrio económico-financiero del contrato ante la inexistencia de un beneficio razonable para el contratista. Sobre esta base, la recurrente presagia una irregular prestación del servicio a los usuarios por pérdida de calidad que abocará al Ayuntamiento a suplir deficiencias económicas con crédito municipal o trasladar el sobrecoste a los usuarios.

Ahora bien, no se aprecia a lo largo de todo el recurso invocación de infracción legal alguna que afecte al acto de adjudicación impugnado más que una genérica referencia sin mayor detalle a la supuesta falta de claridad de la oferta en la estimación de ingresos y costes. No se detiene, en absoluto, la recurrente en atacar o combatir fundadamente la adjudicación por causas que afecten intrínsecamente a la proposición realizada por la UTE adjudicataria. Toda la argumentación del recurso tiene que ver, como se ha indicado, con actuaciones previas al dictado del acto recurrido y con consecuencias eventuales y futuras del contrato durante su ejecución en caso de que finalmente se formalice. Y todos estos razonamientos se efectúan en el recurso con la clara finalidad de justificar una infracción del artículo 152 de la LCSP en el proceder del órgano de contratación que, a juicio de la recurrente, tenía razones para desistir del procedimiento e incluso renunciar a la celebración del contrato.

Pues bien, los hechos y argumentaciones expuestas conducen a la desestimación del recurso y ello por las siguientes razones:

**1.** La recurrente, con ocasión de un recurso formalmente interpuesto contra la adjudicación del contrato, solo está impugnando indirectamente los pliegos y otros actos preparatorios del expediente de contratación, sin ni siquiera combatir sustantivamente la adjudicación.

Hemos de señalar que la figura del recurso especial en materia de contratación tiene como finalidad corregir infracciones de los poderes adjudicadores en un momento de la licitación en que todavía es posible su corrección. Así las cosas, la persona recurrente, en su condición de representante popular, pudo accionar contra los pliegos y resto de documentos contractuales de esta licitación si es que realmente las condiciones plasmadas en los mismos hacían peligrar el equilibrio económico del futuro contrato.

La persona recurrente, dada su condición de Concejal y sabedor de todas las vicisitudes del proceso de adjudicación de esta concesión de servicios -como lo demuestra además la existencia de un recurso jurisdiccional previo que interpuso contra la adjudicación del anterior procedimiento abierto del que trae causa el actual-, debió velar por que la presente licitación no llegara a su fase final, si es que realmente albergaba dudas sobre la viabilidad del contrato a la luz de las bases de la licitación y estudio económico previo. Resulta altamente improbable, con todos los antecedentes expuestos, que la persona recurrente se haya visto sorprendida en el momento de la adjudicación con las supuestas irregularidades que, a su juicio, afectan a los pliegos y otros actos previos del expediente. Es por ello que la diligencia que le era exigible imponía la interposición del recurso contra los pliegos del nuevo procedimiento en el momento procedimental oportuno y no con ocasión de un recurso formal contra el acto de adjudicación. En esta fase de la licitación, los pliegos y resto de documentos contractuales son ya actos firmes y consentidos.

Este Tribunal tiene una consolidada doctrina a propósito del recurso indirecto contra los pliegos con motivo de la impugnación de un acto posterior del procedimiento de adjudicación. Así, en nuestra Resolución 194/2019, de 19 de junio -reiterada en otras posteriores como la 104/2021, de 25 de marzo- señalábamos:

> *«Conforme a la doctrina de este Tribunal (v.g. Resolución 150/2018, de 23 de mayo, 34/2019, de 14 de febrero y 134/2019, de 26 de abril, entre otras), la regla general es que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de "pacta sunt servanda" y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente habrá de estar ahora al contenido de los mismos que califican el contrato como concesión de servicios.*
>
> *La única excepción a esta regla es que el vicio o irregularidad afectante a los pliegos no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación de estos por un licitador normalmente diligente y razonablemente informado, siendo en un momento posterior de la licitación -normalmente, en la fase de valoración de las ofertas tratándose de los criterios de adjudicación- cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego o del criterio en cuestión en la medida que propician una actuación sin límites y excesivamente discrecional del órgano de contratación, claramente vulneradora del principio de igualdad de trato.*
>
> *En este sentido, este es el criterio que, a sensu contrario, mantiene la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, al declarar que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que una entidad licitadora, razonablemente informada y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo del recurso contra el acto de adjudicación.*
>
> *Por el contrario, si se admitiera el recurso, se estaría dejando al albur de las entidades licitadoras tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los potenciales vicios de nulidad de los pliegos, como el propio curso del procedimiento de licitación. En este sentido, resulta de interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 5448), en la que se indica que puede resultar contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que se consientan una o varias cláusulas o prescripciones técnicas y luego, al no resultar adjudicatario, se impugne la adjudicación argumentando cuestiones relativas a la configuración de los pliegos, concluyendo el Alto Tribunal que toda toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar a salvo los principios de buena fe y de seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los hayan consentido.*
>
> *Por lo demás, este es el criterio sostenido por otros órganos de resolución de recursos contractuales (...)»*

Con base en las consideraciones realizadas, no cabe acoger la pretensión de anulación del acto de adjudicación basada exclusivamente en supuestas irregularidades de los pliegos y del estudio económico previo. La recurrente debió ejercer su derecho a recurrir el contenido de aquellos en un momento procedimental anterior, que inevitablemente ya ha precluido por las razones expuestas.

**2.** Conforme al artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, el recurso especial se configura como mecanismo ágil y eficaz que posibilita la corrección de infracciones en las decisiones de los poderes adjudicadores, pero no tiene una finalidad preventiva de futuros incumplimientos contractuales. Los pliegos de esta licitación son actos firmes que la recurrente no impugnó, sin que pueda suplir esta inactividad procesal con el posterior recurso contra la adjudicación, proyectando sobre este acto dudas e incertidumbres que no tienen su fundamento en defectos o irregularidades de la oferta adjudicataria.

Es más, la alegada infracción por inaplicación del artículo 152 de la LCSP se efectúa sobre la base de argumentos genéricos e imprecisos que vuelven a evidenciar una vez más que el origen de la controversia suscitada por la persona recurrente reside en el contenido de unos pliegos y documentos contractuales que, en su día, no consta que impugnara.

El artículo 152 de la LCSP, en sus cuatro primeros apartados, establece: *«1. En el caso en que el órgano de contratación desista del procedimiento de adjudicación o decida no adjudicar o celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea».*
*2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.*
*3. Solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión.*
*4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación»*.

Como venimos señalando en nuestras resoluciones (v.g. Resolución 161/2021, de 29 de abril), el precepto legal recoge dos instituciones distintas, la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato -antes denominada "renuncia a la celebración del contrato" bajo la vigencia del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público- y el desistimiento. La primera supone un cambio en la voluntad de la Administración de contratar la prestación por razones de interés público y, precisamente por su carácter discrecional, el artículo 152.3 de la LCSP introduce como cautela, para evitar fraudes en el procedimiento de adjudicación, la prohibición al órgano de contratación de promover una nueva licitación del objeto del contrato en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia. Por el contrario, el desistimiento no es un acto discrecional determinado por el cambio de voluntad de la Administración contratante, sino un acto reglado fundado en causas de legalidad y no de oportunidad. Por ello exige, como señala el apartado 4 del artículo 152 de la LCSP, la concurrencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación que haga imposible continuar con la licitación hasta su adjudicación; y por ello el desistimiento, a diferencia de la renuncia, no impide la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación con el mismo objeto.

En definitiva, pues, mientras el desistimiento ha de fundarse en razones de legalidad, la renuncia obedece a motivos de interés público o de oportunidad, lo que origina el distinto régimen a la hora de iniciar una nueva licitación.

En el supuesto aquí examinado, la persona recurrente afirma que *«a nuestro juicio, concurren las circunstancias para desistir del procedimiento de adjudicación, porque efectivamente se ha producido un error insubsanable en la adopción del Acuerdo sobre adjudicación definitiva del contrato, al no haberse revisado y fiscalizado, con exhaustividad, que el contrato no es viable económicamente, con arreglo a la oferta presentada por la adjudicataria, no constando en la misma con la claridad y transparencia necesaria, la estimación de ingresos y costes con arreglo a los precios actuales debidamente contrastados.*

*De otro lado, esta parte entiende que concurre la causa de interés público que justificaría la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato, porque el desequilibrio económico del que se partiría desde la fecha inicial de vigencia supondría la segura alteración del normal funcionamiento del servicio, y las necesarias compensaciones e indemnizaciones a cargo de las arcas municipales con traslado, igualmente, de los sobrecostes que han quedado denunciados, e ignorados, tanto por la entidad adjudicataria, como por el Pleno del Ayuntamiento de Garrucha».*

Si se analizan estos argumentos del recurso a la luz de las dos figuras reguladas en el artículo 152 de la LCSP, nos encontramos con que el desistimiento es un acto reglado que debe ejercer el órgano de contratación cuando aprecie una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación que haga imposible la continuación de la licitación. Así pues, el desistimiento no puede fundarse sin más en argumentos tan vagos como los que sostiene el recurso, a saber: la falta de exhaustividad a la hora de comprobar la viabilidad económica del contrato con arreglo a la oferta presentada. Tal argumento evidencia una vez más que la supuesta infracción alegada, de existir, afectaría a actos previos a la adjudicación, pues no se cuestiona la adecuación a los pliegos de la oferta adjudicataria, ni la legalidad intrínseca del acto de adjudicación. Ello vuelve a constatar que la persona recurrente debió impugnar los pliegos en su momento procesal oportuno y al no hacerlo estos quedaron firmes, sin que pueda ahora forzar la reapertura de un plazo precluido apelando a un desistimiento del procedimiento que solo compete adoptar al órgano de contratación y por motivos legalmente tasados que la recurrente tampoco precisa en su escrito con el rigor debido.

Finalmente, la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato supone un cambio en la voluntad de contratar por parte del órgano de contratación basado en razones de interés público, siendo dicho órgano el que discrecionalmente debe apreciar esas razones; lo que no ha acontecido en el supuesto examinado donde la voluntad de contratar y ejecutar la prestación es una decisión firme del órgano de contratación que se ha evidenciado a lo largo de todo el proceso y en su informe de oposición al recurso interpuesto.

Lo anteriormente expuesto impide apreciar la pretendida infracción por inaplicación del artículo 152 de la LCSP que esgrime la persona recurrente.

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

**SÉPTIMO. Sobre la imposición de multa por temeridad y mala fe que solicita el órgano de contratación.**

En su informe, el órgano de contratación sostiene que la persona recurrente, invocando de forma marginal su condición de cargo electo, formuló contra la adjudicación del anterior procedimiento abierto recurso contencioso

administrativo y pieza separada de medidas cautelares, que se sustanciaron ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Nº 4 de Almería y se fundamentaron en idéntica cuestión a la del actual recurso; y que con el presente recurso se trata de deslegitimar el ejercicio de las competencias de la propia Entidad Local en vía de impugnación indirecta, atacando el acto de adjudicación del contrato de concesión de servicios.

Pues bien, el artículo 58.2 de la LCSP establece: *«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».*

En este sentido, señala la sentencia, de 5 de febrero de 2020, de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional :

> *"Es criterio de esta Sala que La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular «algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas» (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)".*

En la documentación remitida por el órgano de contratación consta que la persona recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo contra la anterior adjudicación de 24 de octubre de 2019, por procedimiento abierto, del contrato de concesión de servicios de abastecimiento de agua potable, servicio de gestión de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales del municipio de Garrucha y que solicitó -por medio de otrosí- medida cautelar de suspensión de la actuación administrativa impugnada, posteriormente denegada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº4 de Almería. Este Tribunal no dispone del escrito de recurso jurisdiccional, si bien el órgano de contratación sostiene que en aquel se planteaba la misma cuestión ahora suscitada en el presente.

Por otro lado, las vicisitudes de esta contratación determinaron en su momento que, en virtud de la Resolución 166/2020, de 1 de junio, de este Tribunal se anulara el acto de adjudicación de 24 de octubre de 2019 y que se promoviera nueva licitación del contrato por procedimiento negociado sin publicidad. No consta que la persona

ahora recurrente impugnara los pliegos de esta nueva licitación, pero sí lo hace ahora de manera indirecta y extemporánea tras la nueva adjudicación del contrato operada el 22 de febrero de 2022, provocando la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

Se desconocen los motivos por los que la recurrente utilizó la vía judicial contra la primera adjudicación del contrato en un procedimiento abierto y la vía administrativa especial contra esta nueva adjudicación fruto del procedimiento negociado con origen en el inicial procedimiento abierto declarado finalmente desierto. No obstante, es un dato incuestionable que, en su condición de Concejal del Ayuntamiento de Garrucha, conoce todos los avatares y sucesión de acuerdos adoptados por el Pleno de la Corporación para la contratación de este servicio.

Por ello, si su voluntad, dada la condición de representante popular que ostenta, era la de controlar el buen funcionamiento de la Corporación como medio de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, no se entiende bien por qué no accionó contra los pliegos de los que trae causa la adjudicación en liza para que la cuestión quedara zanjada *ab initio* en aras de una mayor celeridad en la consecución de los objetivos públicos. No ha sido así, y esa inactividad procesal ha generado más tardanza y demora porque se ha tenido que tramitar todo un procedimiento para llegar a un resultado final que, lejos de impugnarse sustantivamente, sirve tan solo al recurrente de instrumento formal para atacar la legalidad de actos previos (pliegos y otros documentos del expediente de contratación) provocando asimismo la suspensión ex lege del procedimiento. No se entiende esta impugnación a destiempo en quien ostenta aquella condición y conoce todas las vicisitudes del proceso.

Este Tribunal considera que deben ser sancionadas las actuaciones de aquellos recurrentes que usan esta vía de impugnación de un modo abusivo y con cierta temeridad, más aún cuando deba presumírseles un conocimiento adecuado de los cauces y procedimientos a seguir frente a las decisiones de los poderes adjudicadores, como acontece en el supuesto examinado.

Sobre la base de lo expuesto, se impone multa a la persona recurrente en la cuantía máxima de 1500 euros.

Por último, no ha lugar a la exigencia de garantía real a la recurrente por importe del 5% del valor de la adjudicación en los términos solicitados por el órgano de contratación, al no estar contemplada su exigencia conforme a lo dispuesto reglamentariamente (artículo 26 y siguientes del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre).

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

**ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **J.F.F.M.** contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Garrucha (Almería) por el que se adjudica el contrato denominado «Concesión de servicios de abastecimiento de agua potable, servicio de gestión de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales del municipio de Garrucha» promovido por el Ayuntamiento de del citado municipio (Expte. 2021/049530/006-103/00001).

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

**TERCERO.** Imponer a la recurrente una multa en cuantía máxima de 1.500 euros, en atención a la temeridad preciada en la interposición del recurso de conformidad con lo estipulado 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.