

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 29 de enero de 2014.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don P.R. en nombre y representación de Cespa Gestión de Residuos, S.A.U. (CESPA G.R.) contra el Acuerdo de fecha 26 de diciembre de 2013, de la Mancomunidad de Municipios del Sur por el que se adjudica el contrato “Gestión de servicios públicos de explotación de las instalaciones de transferencia y eliminación de residuos urbanos ubicadas en la zona sur de la Comunidad de Madrid”, expediente 3/2013, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha, 31 de julio de 2013, se publicó en el BOE el anuncio de la convocatoria correspondiente al contrato denominado “Gestión de servicios públicos de explotación de las instalaciones de transferencia y eliminación de residuos urbanos ubicadas en la zona sur de la Comunidad de Madrid”, a adjudicar mediante procedimiento abierto, con un valor estimado de 67.798.890 euros (IVA excluido).

A la licitación convocada se presentaron cinco licitadoras, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Una vez tramitado el expediente de licitación, con fecha 26 de diciembre de 2013, la Mancomunidad del Sur acordó adjudicar el contrato a las empresas que concurrían en compromiso de Unión Temporal de Empresas, con el nombre UTE Sur de Madrid, siendo remitida la notificación de dicho acuerdo a las todas las licitadoras el día 27 de diciembre de 2013. Consta que la recurrente recibió la notificación el día 31 de diciembre y que se personó para examinar el expediente administrativo a efectos de interponer el correspondiente recurso ante el órgano de contratación el 20 de enero de 2014.

Contra dicha Orden Cespa interpuso recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, donde tuvo entrada el 21 de enero de 2014.

La recurrente solicita que se declare la nulidad de la resolución recurrida por ser contraria a derecho, se acuerde la exclusión de la oferta de la UTE Valoriza-Verinsur-Vertidos Rioja por haber incumplido los pliegos del contrato, se proceda a efectuar la correcta valoración de las ofertas y, en base a la misma, se le adjudique el contrato objeto del recurso.

Tercero.- El órgano de contratación remitió el correspondiente expediente junto con su informe el día 24 de enero.

En el indicado informe se limita a exponer un relato fáctico del procedimiento de licitación, y a señalar que el recurso interpuesto es extemporáneo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales,

Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Por otro lado de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del TRLCSP forman parte del sector público a los efectos de la Ley, además de la Administración General del Estado y la Administración de las Comunidades autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, entre estas la mancomunidades, que de acuerdo con los artículos 44 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y 54 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid son las Entidades Locales constituidas por la agrupación voluntaria de Municipios en el ejercicio del derecho a la libre asociación, para la gestión de servicios comunes o para la coordinación de actuaciones de carácter funcional o territorial.

Segundo.- El contrato cuya adjudicación es objeto del presente recurso ha sido calificado por el órgano de contratación como contrato de gestión del servicio público en su modalidad de concesión, no constando haberse previsto ningún gasto de primer establecimiento en el mismo.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 40.1.c) del TRLCSP, solo son susceptibles de recurso especial los contratos de gestión de servicio público, con un presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, superior a 500.000 euros y un plazo de duración superior a cinco años.

Procede, por tanto, a los solos efectos de fijar la competencia del Tribunal, que en este caso no es objeto de controversia por parte de las recurrentes, examinar la calificación jurídica del contrato para determinar los umbrales que le son de aplicación.

El establecimiento de una línea diferenciadora entre las concesiones de

servicios públicos y aquellos otros contratos en que la Administración encomienda la gestión de un servicio al contratista pactando un modo de retribución que excluye la asunción del riesgo de explotación por parte de éste, es una cuestión de gran importancia en el ámbito de la contratación. Es cuestión trascendental desde el punto de vista del régimen jurídico de la contratación pública porque de la conceptualización de la relación jurídica en cuestión como concesión de servicios públicos o no depende su exclusión o no de la aplicación de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada.

En efecto, la Ley de Contratos del Sector Público, siguiendo en ello la pauta marcada por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (en adelante Directiva 2004/18/CE), considera como contratos sujetos a regulación armonizada, o lo que es lo mismo a las exigencias contenidas en la citada Directiva, a los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales establecidos en la Directiva y recogidos en la Ley. Por el contrario, el contrato de gestión de servicios públicos y, por ende, la concesión como una modalidad del mismo, no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, por consiguiente, queda exento del citado régimen.

Desde el punto de vista del recurso administrativo especial en materia de contratación esta distinción también es sustancial. Efectivamente aunque el legislador europeo no incluyó entre los contratos susceptibles de recurso el contrato de gestión de servicios públicos, puesto que no estaba contemplado en las directivas de contratos, el legislador español, sí optó por el sometimiento de este tipo de contratos al control de los órganos encargados del recurso especial, con el ánimo de que ningún tipo contractual quedara exento del mismo, si bien estableciendo otros umbrales para su procedencia.

No es por tanto baladí la caracterización de un contrato dentro de un tipo

contractual u otro desde la perspectiva de la posibilidad de interponer contra cualquiera de los actos del procedimiento de licitación comprendidos en el párrafo 2 del artículo 40, el recurso especial, planteándose la cuestión de la calificación del contrato a efectos de examinar la propia competencia del Tribunal, impidiendo la posibilidad de que mediante la incorrecta tipificación de un contrato público se incumplan las normas y principios esenciales de la licitación pública. Así lo advierte en la recomendación 1/2011, de 6 de abril la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, que exige que la tipificación responda a una interpretación funcional corrigiendo prácticas que puedan eludir la aplicación de las directivas (STJUE de 23 de octubre de 2009), en el mismo sentido las Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales (TCRC) 154/2013 y 220/2011.

Debe partirse de que el examen de si nos hallamos o no en presencia de un contrato de gestión de servicios públicos, ha de realizarse a la luz de la Directiva 2004/18/CE, en trasposición de la cual se dicta la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Así se indica en la Sentencia del TJUE de 15 de octubre de 2009, Asunto C-196/08 Acoset SpA contra Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa y otros, *“La cuestión de si una operación debe calificarse o no de «concesión de servicios» o de «contrato público de servicios» ha de apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho comunitario (véase en particular la sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C-382/05, Rec. p.I-6657, apartado 31)”*.

En primer lugar para considerar que nos encontramos ante un contrato de gestión de servicios públicos es preciso que la actividad objeto de la concesión del servicio deba ser titularidad de una Administración Pública, de manera que no operará la concesión de servicios donde no exista una reserva al sector público; reserva que en este caso resulta indubitada de acuerdo con lo establecido en el artículo 25.1. I) de la LBRL. Pero es que además, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de marzo de 2007 apuntó algunas notas características del concepto servicio público, en los siguientes términos *“con carácter general, una actividad constituye servicio público, en sentido amplio, cuando se trata de la satisfacción de*

necesidades generales mediante una actividad prestacional que pertenece a la esfera de la competencia de la Administración otorgante”.

Las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario, tal y como se desprende del concepto recogido en el artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/ CE, antes citado, (por ejemplo mediante el cobro de tarifas a los usuarios del transporte público, o de una red de teledistribución, por ejemplo STJUE 13 de octubre de 2005 Parking Brixen).

Este concepto de asunción del riesgo se centra en la STJUE 10 de marzo de 2011, Asunto C-274/09 Privater Rettungsdienst, cuando señala que (...) *“26 Si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios (sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 59 y 68 y jurisprudencia citada).*

37 A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C- 234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y Hans &

Christophorus Oymanns, antes citada, apartado 74)”.

Cabe citar también la Sentencia de 10 de septiembre de 2009 (Asunto Wasser) que afirma que: *“De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias Parking Brixen, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, apartado 29, antes citadas). A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio.”* (vid. asimismo la Sentencia del TJUE de 10 noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom).

En el mismo sentido se pronuncia el informe 23/2010, de 23 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado que califica los contratos como contratos de servicios, en el caso de que no se transfiera al contratista el riesgo de la explotación, señalando que *“De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio”*.

Teniendo en cuenta meramente a efectos interpretativos la Decisión de Eurostat sobre el tratamiento Contable en Contabilidad Nacional de los contratos realizados por unidades de la Administración Pública en el marco de asociaciones con unidades privada, de 11 de Febrero de 2004, incorporada al SEC 95, a efectos del procedimiento de déficit excesivo (PDE) en las Asociaciones Público Privadas,

se distinguen tres tipos de riesgo, el riesgo de construcción, el de disponibilidad y el demanda, cuya presencia en el presente contrato debe examinarse a efectos de su calificación jurídica.

A este respecto el informe de la Secretaria General de 18 de julio de 2013, que obra en el expediente administrativo, señala que *“el explotador asume el riesgo y ventura de la explotación, ya que aunque vaya a recibir un precio cierto, este viene establecido según el número de toneladas que entren en el depósito controlado, asumiendo los riesgos de menos número de entradas como consecuencia de una modificación legislativa que disminuya las mismas o que como consecuencia de la crisis económica disminuya el consumo y por lo tanto las entradas. Además la mancomunidad pone manifiesto en los pliegos que los municipios que vierten son “en principio” pudiendo por lo tanto disminuir el número de municipios y consecuentemente las toneladas y también se prevé que la variación en la estimación de la entrada será a riesgo y ventura del adjudicatario. Además hay determinados gasto que tiene que asumir y dependiendo de cómo gestione los mismos obtendrá mayor o menor ingresos, (sic) como es la adquisición de maquinaria nueva, la aportación de maquinaria que tenga disponible, la contratación de personal, la gestión de instalaciones, y uso de los vehículos y la maquinaria aplicando criterios de eficiencia energética (...)”*

En este sentido en el modelo de proposición económica del PCAP consta que *“el presupuesto de la oferta se obtendrá aplicando a las toneladas previstas de cada tipo de residuo gestionado en cada instalación su canos correspondiente y al total se le aplicará el IVA del 10%.”* y en concreto, en el modelo se observa que para cada estación de tratamiento (columna 1) se establece un número estimado de toneladas (columna 2) para las que se deberá ofertar un canon sin IVA (columna 3).

Se produce por tanto en este caso el riesgo de demanda antes citado que permite calificar el contrato como una gestión de servicio público.

Resta por último examinar si el contrato alcanza los umbrales del artículo 40.1.c), gastos de primer establecimiento por importe de 500.000 euros y una duración superior a cinco años. En este caso el contrato tiene prevista una duración de cuatro años prorrogables por otros dos, por lo que sí alcanza el umbral de duración (punto 19 del Anexo I del PCAP).

No consta en el expediente si el contrato tiene o no gastos de primer establecimiento por lo tanto debe examinarse el expediente a tal fin. Sin intención de extendernos demasiado en el concepto de gastos de primer establecimiento, este Tribunal ha sentado el criterio de que cuando el TRLCSP establece como umbral de la procedencia del recurso especial una cifra de gastos de primer establecimiento, no cabe interpretar que se refiere al concepto estrictamente contable a que se refería el ya derogado Plan General de Contabilidad (R. D. 1643/1990, de 20 de diciembre), sino que parece más razonable y además más acorde al espíritu de la norma de permitir el control eficaz de la licitación de estos contratos, entender que se refiere al concepto más amplio de coste de primer establecimiento a que hace referencia el artículo 126. 2.b) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955. Este precepto contiene una referencia al establecimiento del servicio, pero no se refieren a gastos, sino a costes, con la importantísima repercusión de la inclusión entre ellos de las inversiones.

Deben ser por tanto los costes de la puesta en marcha del servicio que se adjudica, reflejados en los estudios económicos preparatorios del contrato, los determinantes de que se alcance o no el umbral para la procedencia del recurso especial en materia de contratación, respecto de los actos que se dicten en relación con los contratos de gestión de servicios públicos.

Ahora bien no todas las inversiones previstas, sino solo las necesarias para el establecimiento del servicio, (tanto en el caso de servicios constituidos ex novo, como los que deban prestarse de acuerdo con una nueva licitación) podrán ser tenidas en cuenta, debiendo excluirse aquellas que sean consecuencia del

funcionamiento del servicio. Desde luego pueden descartarse tanto las inversiones previas a la aprobación del expediente (como serían aquellas preexistentes titularidad de terceros distintos del órgano de contratación que se ponen a disposición del objeto del contrato, especialmente en los casos de concierto o mediante la creación de sociedades de economía mixta), como el mayor importe en inversiones derivado de las mejoras ofertadas por el adjudicatario. Pueden asimismo descartarse las inversiones derivadas de la necesidad de reposición de bienes por su uso o desgaste una vez establecido el servicio, durante la vigencia del contrato, dada la larga vida de este tipo de contratos normalmente.

Ahora bien, sí que tienen esta consideración las inversiones iniciales precisas en bienes de equipo no derivadas de la necesidad de reposición como consecuencia de la propia vida del contrato. En este caso en el punto 5.1.1 del PPT se prevé que el adjudicatario deberá reponer la maquinaria que ha agotado su vida útil, especificando que se trata de 10 cabezas tractoras, un compactador de residuos para el vertedero, un tractor de cadenas, 11 semirremolques, 25 contenedores de 40 metros cúbicos, y 3 líneas de compactación, inversiones estas que pueden ser consideradas gastos de primer establecimiento y cuyo coste a todas luces aunque no se especifica en el PPT, excede los 500.000 euros fijados en el artículo 40 como umbral del recurso especial en materia de contratación. Consta en una comunicación interior que se incorpora al expediente que el precio de la maquinaria a aportar sería de unos 2.200.000 euros.

Por lo tanto a la vista de todo lo anterior este Tribunal entiende que nos encontramos ante un contrato de gestión de servicios públicos, con gastos de primer establecimiento superiores a 500.000 euros y una duración superior a cinco años cabiendo por tanto recurso especial en relación con el mismo.

Por otro lado, el acto impugnado es susceptible de recurso especial, al amparo del artículo 40.2.c) del TRLCSP.

Tercero.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSP).

Así mismo se acredita la representación con que cuenta el firmante del recurso.

Cuarto.-En cuanto al plazo y lugar de interposición del recurso el artículo 44 del TRLCSP establece que:

“2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.

(...)

3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso”.

La redacción del citado artículo 44 del TRLCSP, muestra especialidades del recurso en materia de contratación respecto de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), que son fundamentalmente el cómputo del día inicial del plazo para la interposición del recurso y que no se admiten las formas de presentación previstas en ella, en concreto el TRLCSP establece explícitamente que la presentación del recurso especial ha de hacerse necesariamente ante el órgano de contratación o ante el órgano competente para la resolución del recurso, no siendo posible la aplicación subsidiaria de los otros lugares de presentación que se admiten en el artículo 38.4 de la LRJAP-PAC, dado que el TRLCSP regula expresamente y de forma especial el lugar de presentación.

Pues bien, según consta en el expediente, la notificación de la resolución de adjudicación fue registrada de salida y remitida al recurrente el 27 de diciembre de 2013. El plazo de 15 días finalizó, por tanto, el 16 de enero de 2014. El recurso fue presentado el día 21 de enero ante este Tribunal, fuera del plazo legalmente previsto, por lo que procede la inadmisión del recurso

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Don P.R. en nombre y representación de Cespa Gestión de Residuos, S.A.U. (CESPA G.R.) contra el Acuerdo de fecha 26 de diciembre de 2013, de la Mancomunidad de Municipios del Sur por el que se adjudica el contrato “Gestión de servicios públicos de explotación de las instalaciones de transferencia y eliminación de residuos urbanos ubicadas en la zona sur de la Comunidad de Madrid”, por extemporáneo.

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

Tercero.- No procede levantar la suspensión adoptada por este Tribunal en sesión del día 22 de enero de 2014, dada la existencia de otro recurso contra el mismo acto interpuesto por la empresa Urbaser que se está tramitando ante este Tribunal.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.