

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

En Madrid, a 8 de febrero de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don P.P.S., en nombre y representación de Valoriza Servicios Medioambientales, S.A., contra el anuncio y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que han de regir el contrato denominado *“Concesión de gestión RSU municipal, la construcción de un punto limpio y un centro de carga y la gestión de dos puntos limpios y un centro de carga en Colmenar de Oreja”*, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 4 de enero de 2017 se publicó en el BOCM, el anuncio de la licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios para el contrato de concesión referido con un valor estimado de 2.040.000 euros y una duración de doce años.

Segundo.- El PCAP define, en la cláusula 1, el objeto y características del contrato consistente en la *“CONCESIÓN MIXTA DEL SERVICIO PÚBLICO DE GESTIÓN DE RESIDUOS URBANOS MUNICIPALES, CONSTRUCCIÓN DE UNO DE LOS DOS*

PUNTOS LIMPIOS Y UN CENTRO DE CARGA ESTANDO INCLUIDA LA DIRECCIÓN FACULTATIVA DEL PUNTO LIMPIO QUE EJECUTA Y LA EXPLOTACIÓN DE LOS DOS PUNTOS LIMPIOS.

Con carácter excepcional y sin afectar al contenido de las prestaciones de este contrato, se prevé la prestación de la recogida y transporte de los residuos que se generen en las Fiestas Patronales del Ayuntamiento sin que altere la naturaleza jurídica de la prestación y que se ofertan como mejoras.

Dentro del apartado de los RSU se contempla la recogida y transporte al centro de destino de los mismos, así como la gestión de los dos puntos limpios; los costes del transporte de los residuos urbanos municipales y los residuos urbanos especiales generados en los puntos limpios son de cuenta del transportista.

El Ayuntamiento asume el coste de las tasas al vertedero habilitado por la Comunidad Autónoma, siendo por cuenta del contratista los precios públicos y o precios privados del coste del depósito a los centros privados autorizados de valorización de los residuos especiales gestionados en los puntos limpios y en el centro de carga.

En el precio de contrato y valor estimado se referencian los costes de ejecución de los dos puntos limpios y un centro de carga que condicionan el encargo de la redacción de los proyectos de dos puntos limpios y un centro de carga; éste encargo junto con la dirección facultativa, el estudio geotécnico, el levantamiento topográfico y el estudio ambiental corren por cuenta del Ayuntamiento.

Los costes de ejecución de los proyectos del punto limpio y centro de carga toman como referencia los importes del informe del Arquitecto Municipal y podrán sufrir una variación a la baja una vez entregados al Ayuntamiento y en el acta de replanteo se hará constar esa circunstancia así como en anexo de formalización del contrato de CONCESIÓN; los proyectos de los dos puntos limpios y el punto de carga, serán entregados al Concesionario para que proceda a su ejecución, bajo la supervisión municipal en coordinación con la dirección facultativa contratada por el Concesionario.

La ejecución de los dos proyectos de punto limpio y el centro de carga formarán parte del contenido obligatorio del concesionario y constarán como anexo especial del contrato administrativo de CONCESIÓN MIXTA.

Como anexo II de este documento, se insertan las prescripciones técnicas que han de contener los dos puntos limpios de conformidad con lo establecido en la ejecución del contrato y por tanto, la definición concreta del objeto de esta Concesión se encuentra formulada en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

El contrato definido tiene la calificación de CONCESIÓN DE SERVICIO, de conformidad con lo establecido en el artículos 5 y 20 de la Directiva 2014/23/UE en consonancia con lo establecido en los artículos, 10, 275, 276, 277 y 278 del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP'.

Tercero.- El día 19 de enero de 2017, se presentó ante el Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de Valoriza Servicios Medioambientales, S.A., contra el anuncio, el PCAP y el PPT del contrato mencionado. El recurso había sido anunciado al Ayuntamiento ese mismo día.

El recurso alega, en primer lugar, la errónea calificación del contrato, que entiende debe ser considerado como un contrato de servicios y por tanto susceptible de recurso especial. Además alega indefinición del Pliego pues se desconocen los requisitos de construcción del punto limpio y el centro de carga y la ausencia del precio como criterio de adjudicación, lo que a su juicio, impide identificar las ofertas desproporcionadas o anormales. Solicita por tanto la nulidad del procedimiento.

Cuarto.- Con fecha 24 de enero de 2017, se remitió al Tribunal el expediente administrativo y el informe a que hace referencia el artículo 46.2 del TRLCSP.

En el informe el órgano de contratación manifiesta que no estamos ante un contrato de servicios ya que existe traslado del riesgo operacional, con independencia de que no supere el umbral establecido en el artículo 8 de la Directiva de concesiones, siendo una concesión mixta de servicios al ser superior la cuantía correspondiente a la prestación de servicios que la de la construcción prevista en el contrato. En cuanto al fondo, alega que no existe indefinición en el PCAP y que los criterios establecidos se refieren a mejoras a aplicar al umbral mínimo de

rentabilidad establecido y por lo tanto los valores económicos se tienen en cuenta para la adjudicación y para la apreciación de los valores desproporcionados que pudieran existir. En consecuencia, solicita la inadmisión del recurso o subsidiariamente su desestimación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Antes de entrar al estudio de las cuestiones de fondo que se plantean en el presente recurso, corresponde examinar la competencia del Tribunal para resolver.

El contrato objeto del presente recurso ha sido calificado por el órgano de contratación como contrato mixto de concesión de servicios, y así se define en la cláusula 1 del PCAP.

El artículo 5 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, define la concesión de servicios:

“b) «concesión de servicios»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.

La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del

mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.

Es esencial para determinar el régimen jurídico del contrato, su calificación, ya que si responde al concepto de contrato de concesión de servicios, no estaría sometido a las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada, puesto que el valor estimado de la concesión no alcanza el umbral de 5.225.000 euros, establecido en el artículo 8 de la Directiva, y no cabría interponer recurso especial. En ese caso, al no haberse llevado a cabo aun la transposición al derecho español de la Directiva, y al objeto de evitar el efecto directo vertical descendente en la aplicación de la misma, debería analizarse si de acuerdo con lo previsto en el artículo 40.1. c) del TRLCSP cabría recurso especial.

Si por el contrario nos encontrásemos ante un contrato de servicios, el mismo por su cuantía, estaría sometido a regulación armonizada y sería susceptible de recurso especial.

Por tanto, la calificación 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, hace necesario analizar la calificación del contrato para determinar 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 concesión, ha de realizarse a la luz de la Directiva 2014/23/UE que

recoge los principios de la jurisprudencia comunitaria.

Desde esta perspectiva el artículo 5 de la Directiva, antes citado, establece como elemento diferenciador de la figura, *“la transferencia al concesionario de un riesgo operacional”* especificando este como riesgo de demanda, de suministro o ambos. Y añade que se ha de considerar que el concesionario asume el riesgo operacional cuando *“no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”*.

Sentado lo anterior hay que concluir que para calificar un contrato como concesión se exige que el contratista asuma los riesgos de la explotación y que se estará ante un contrato de servicios cuando el contratista no asume dicho riesgo.

El concepto de asunción del riesgo ha sido objeto de análisis pormenorizados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se ha incorporado a nuestro Derecho, pudiendo citarse 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).

Como ha señalado este Tribunal en diferentes Resoluciones, entre ellas la 32/2014 de 17 de febrero, *“El concepto de “riesgo de explotación económica del servicio” se concreta como aquel riesgo que asume el contratista que excede del que como consecuencia del principio de riesgo y ventura en los contratos administrativos, que establece el artículo 215 del TRLCSP, debe soportar el contratista. Por el contrario el riesgo de explotación es el que tiene lugar por estar sometido el contrato a las incertidumbres del mercado por nuevas tendencias de éste o el riesgo de demanda que se produzca por un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios por variaciones que puedan producirse o que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación. La STJUE de 10 de noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom) se refiere a la transferencia del riesgo como el*

elemento determinante para calificar el objeto de contrato y su diferenciación, entre contratos de servicios y de gestión de servicios públicos”.

En el contrato que es objeto de estudio, expuestos los anteriores extremos, es necesario verificar si concurre la existencia de riesgo esencial para su calificación como tal contrato de concesión, riesgo que en este caso según el contenido de los Pliegos se concreta en primer lugar en asumir la gestión integral de los dos puntos limpios y el centro de carga.

La Memoria económica que acompaña al Pliego detalla los ingresos previstos y los gastos de la concesión.

Como ingresos consta la cantidad fija de 170.000 euros anuales, a aportar por el Ayuntamiento, correspondiente a un porcentaje de los ingresos derivados de la tasa de residuos sólidos establecida. También se prevé como ingreso la cesión del contrato celebrado por el Ayuntamiento con Ecoembes y que se calcula en 55.000 euros anuales, si bien se trata una estimación basada en los años anteriores y que se fundamenta en el número de toneladas recogidas. En la Memoria consta expresamente: *“Este ingreso tiene naturaleza mixta en concepto de riesgo operacional”.*

Por otra parte, aunque la memoria no lo indica, debe tenerse en cuenta que la cantidad de 170.000 euros se verá reducida en la adjudicación, puesto que los criterios previstos en el PCAP son mejoras cuantificadas, a aplicar a esa cantidad y que por tanto se licita a la baja.

Los demás ingresos previstos derivan de la instalación de contenedores y la venta de los residuos, papel, cartón, etc. Por lo que están lógicamente sometidos al riesgo de demanda o de utilización del servicio, si bien no están cuantificados en la memoria económica.

Por todo ello, debemos considerar a efectos del riesgo operacional lo que se

expresa en la memoria, la cantidad a aportar por el Ayuntamiento, 170.000 euros y la cantidad de 55.000 euros.

En cuanto a los gastos, la Memoria distingue:

1.- Gastos de inversión inicial en el punto limpio y el centro de carga que ha de construirse: 131.648 euros del punto limpio + 7.260 euros del centro de carga + 4.200 euros de la dirección facultativa.

2.- Gastos de funcionamiento: 160.188,30 euros anuales.

3.- Gastos de amortización durante los doce años de la concesión: se incluye la amortización del camión y la reposición y compra de contenedores: 30.875 euros anuales.

En función de estos datos mencionados, la memoria concluye que aun cuando existe un margen de beneficio, existe riesgo operacional derivado de las siguientes circunstancias:

“A) Los Costes de personal que se produzcan con motivo de la modificación de los convenios de Empresa.

B) Los costes del Vestuario del personal adscrito a la Gestión del Servicio Público que no se han consignado en la Memoria Económica.

C) Los costes financieros de la Ejecución de uno de los puntos limpios, el punto de carga y la dirección facultativa que no se han consignado en la Memoria Económica.

D) La incertidumbre de los ingresos que provengan de la valoración de los Residuos del Punto Limpio, ya que éstos tan solo se producirán sobre las Baterías, Papel, Plástico del Bueno, Ropa y Calzado y en menor intensidad en la chatarrería.

E) Los costes de traslado de los residuos generados en el punto limpio que son de cuenta del Concesionario del Servicio público, y si tenemos en cuenta los actuales gastos del Ayuntamiento, se estiman en 45.000 euros anuales tomando como referencia el año 2016, que se reducirán de manera drástica cuando los residuos especiales se gestionen en los puntos limpios; no se han consignado en la Memoria Económica.

F) Los costes de depósito en los centros de valorización de los residuos especiales; este coste quedarán compensado con los ingresos del Apartado D; no se han consignado en la Memoria Económica.

G) El establecimiento del Beneficio Industrial y los Gastos Generales que ha de obtener todo Empresario, ya que externalizamos el Servicio Público; no se han consignado en la Memoria Económica”.

A juicio de este Tribunal y analizados los datos de la memoria debe concluirse que los ingresos garantizados, aun cuando puedan sufrir cierta variación, suponen aproximadamente el 80% de los gastos. Esto implica que no pueda apreciarse la existencia del riesgo de operación esencial para la configuración de la concesión.

Debe tenerse en cuenta, además, que el resto de ingresos previstos, concretamente los del apartado D), si bien son indeterminados y sometidos a la incertidumbre de la demanda y la gestión del servicio, operan en realidad como disminución del riesgo del conjunto, pues suponen en todo caso un incremento sobre la cantidad de los ingresos fijos antes mencionados.

Parece deducirse que el Ayuntamiento concentra el riesgo de la concesión en solo una de las prestaciones, la construcción y gestión del punto limpio, cuando el riesgo tiene que derivarse del desarrollo conjunto de todas las prestaciones del contrato.

Tampoco se aprecia que exista “*el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos*” que impone la Directiva, puesto que nos encontramos ante servicios que se prestan de forma permanente por el municipio y cuyas variaciones se prevén en todo caso al alza, en función del aumento de la población y la actividad económica de la zona, sin que quepa entender que están sometidas a las incertidumbres del mercado pues no existe riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores.

En consecuencia, de las circunstancias expuestas y aun cuando la Memoria económica no detalla debidamente todos los conceptos que permitirían calcular los

ingresos y los gastos, en números aproximados puede concluirse que los ingresos garantizados previstos a lo largo de la concesión superan los gastos anuales y por tanto en este contrato no se produce una transmisión del riesgo operacional, necesaria para su calificación como contrato de concesión de servicios.

Por lo expuesto debe estimarse el recurso, anulando los Pliegos y la licitación que deberá iniciarse de nuevo si persisten las necesidades, como contrato de servicio con la misma estructura de costes, o modificando las condiciones económicas de manera que pueda calificarse de concesión en el sentido expuesto en los Fundamentos de la presente Resolución.

En su **virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.5 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.- Estimar el recurso especial interpuesto por don P.P.S., en nombre y representación de Valoriza Servicios Medioambientales, S.A., contra el anuncio y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que han de regir el contrato denominado *“Concesión de gestión RSU municipal, la construcción de un punto limpio y un centro de carga y la gestión de dos puntos limpios y un centro de carga en Colmenar de Oreja”*, anulando los Pliegos y la licitación convocada.

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.- 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 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 del TRLCSP.