

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

En Madrid, a 27 de septiembre de 2017.

**VISTO** el recurso interpuesto por don F.S.H., en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos, AMI, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir el contrato “Concesión de la gestión del servicio integral con garantía total del alumbrado público del Ayuntamiento de Cobeña”, número de expediente: Geres 146/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 9 de agosto de 2017, se publicó en el BOCM y la Plataforma de Contratación del Estado la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, para la adjudicación del contrato mencionado, calificado de gestión de servicios públicos, modalidad de concesión. El valor estimado del contrato es de 3.754.504,56 euros y la duración es de 12 años.

**Segundo.-** Interesa destacar que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en el Capítulo I apartado 2, Objeto del contrato, incluye la siguiente previsión:

*“Además de las prestaciones descritas, el adjudicatario del presente contrato*

*deberá asumir los costes siguientes:*

*Los de los trabajos desarrollados por la consultora que ha realizado la asistencia al Ayuntamiento en la presente contratación (apoyo en la redacción de Pliegos, asistencia a Mesa de Contratación, y caracterización). Dichos trabajos ascienden al importe de 9.000 euros más el IVA que corresponda, y serán abonados por el adjudicatario al día siguiente de la formalización del contrato, comunicando al Ayuntamiento dicho abono”.*

**Tercero.-** El 18 de agosto de 2017, la representación de AMI presentó ante el Ayuntamiento recurso especial en materia de contratación contra el PCAP que rige el procedimiento. El recurso había sido anunciado al órgano de contratación con esa misma fecha.

Argumenta la recurrente en primer lugar, la errónea calificación del contrato como de gestión de servicios públicos, cuando debería ser un contrato de servicios y por lo tanto susceptible de recurso especial en materia de contratación y además alega que los gastos incluido en el apartado 2, antes mencionado, son improcedentes por no formar parte del objeto del contrato y del precio, debiendo ser abonados por la Administración.

El órgano de contratación remitió el recurso, copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), el 28 de agosto.

En el informe sostiene la correcta calificación del contrato como de gestión de servicios públicos por lo que no dándose los requisitos del artículo 40.1.c) del TRLCSP, no cabe recurso especial.

Posteriormente, el 1 de septiembre de 2017, AMI presentó al Ayuntamiento nuevo escrito que califica de ampliación de recurso en el que impugna otras cláusulas del PCAP que no lo habían sido previamente.

**Cuarto.-** Con fecha 6 de septiembre de 2017, el Tribunal acordó la suspensión de la tramitación del expediente de contratación.

## **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 recurso ha sido calificado por el órgano de contratación como contrato de gestión de servicios, en la modalidad de concesión de servicios, y así se define en el Pliego de Condiciones Administrativas (PCAP).

Cabe comenzar señalando que la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, desplaza al TRLCSP, por lo que a la definición de las categorías contractuales se refiere. Por lo que la categoría de contrato de gestión de servicios públicos se ve desplazada por la de concesión de servicios.

El artículo 5 de la mencionada Directiva 2014/23/UE, 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.b) 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 aplicando la Directiva 2014/23/UE, en virtud de su efecto directo, 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 éste 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)”.*

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 no aparece concretado, ya que las prestaciones son:

Prestación P1- Gestión Energética: Gestión de energía necesaria para el funcionamiento correcto de las instalaciones objeto del contrato.

Prestación P2- Gestión del Mantenimiento.

Prestación P3- Garantía Total: Reparación con sustitución de todos los elementos deteriorados en las instalaciones existentes.

Prestación P4- Financiación de las Mejoras de renovación de las instalaciones a propuesta de la administración titular.

Prestación P5- Inversiones en ahorro energético y energías renovables.

En ninguna de ellas se aprecia que pueda existir riesgo para el adjudicatario, ni de demanda, ni de competencia de otros operadores, ni por el desarrollo de las prestaciones, más allá del principio de riesgo y ventura que rige en todos los contratos.

Tampoco se incluye en el expediente una memoria económica, documento imprescindible para conocer los ingresos previstos y los gastos de la denominada concesión. Por otro lado el Pliego no señala más ingresos que el precio del contrato y los gastos asumidos, aparte de las inversiones que conforman una de las prestaciones por la empresa adjudicataria, que tampoco aparecen especificadas.

El informe del Ayuntamiento tras exponer la normativa aplicable no realiza alegaciones sobre la calificación y configuración del contrato, concluyendo que *“dado que en el presente contrato no se da ninguno de los supuestos legales establecidos para la interposición del presente recurso, toda vez que se trata de un contrato no sujeto a regulación armonizada, por ser su valor estimado inferior al umbral establecido en DC y no exigirse ni reflejarse ningún gasto que pueda calificarse de primer establecimiento, cabe concluir que el contrato no es susceptible de recurso especial en materia de contratación por lo que procede acordar su inadmisión”*.

El Tribunal no puede compartir la opinión del Ayuntamiento, puesto que como ha señalado 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”.*

A juicio de este Tribunal y analizados los datos del expediente debe concluirse que existen unos ingresos garantizados al concesionario que en principio serían suficientes para asumir los gastos previstos. Esto implica que no pueda apreciarse la existencia del riesgo de operación esencial para la configuración de la concesión.

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 impliquen modificación de la contraprestación económica prevista por lo que no cabe entender que se esté sometido a las incertidumbres del mercado pues tampoco existe riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores.

En consecuencia, de las circunstancias expuestas debe deducirse que en este contrato no se produce una transmisión del riesgo operacional, necesaria para su calificación como contrato de concesión de servicios debiendo ser calificado como contrato de servicios o mixto de suministro y servicios, si es que la prestación de mayor importe económico es el suministro de energía, ya que a falta de estudio



económico no se puede precisar en estos momentos, a los solos efectos de establecer la competencia del Tribunal.

Por todo ello, 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.

**Segundo.-** Se acredita en el expediente la legitimación de AMI para interponer recurso especial contra los Pliegos, al tratarse de una persona jurídica representante de intereses colectivos, “cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” (artículo 42 del TRLCSP).

Igualmente se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso se interpuso contra los Pliegos de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2. a) del TRLCSP.

**Cuarto.-** El recurso se planteó en tiempo y forma, pues los Pliegos fueron puestos a disposición de los interesados el 9 de agosto de 2017 mediante su publicación en la Plataforma de Contratación del Estado, interpuesto el recurso el día 18 de agosto de 2017, está dentro del plazo de quince días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

No cabe admitir sin embargo el escrito presentado como ampliación del recurso el 1 de septiembre. El trámite de ampliación de recurso únicamente está previsto en el artículo 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, el cual lo establece para los casos en que hubiera

sido necesario conceder nuevo acceso al expediente en los siguientes términos:

*“3. Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones”.*

En este caso no se han dado esas circunstancias por lo que el escrito de 1 de septiembre debería considerarse un nuevo recurso que sería extemporáneo.

**Quinto.-** El motivo del recurso se concreta en que a juicio de la recurrente respecto del abono de los trabajos desarrollados por la consultora que ha realizado la asistencia al Ayuntamiento en la presente contratación, *“en modo alguno cabría obligar a pagar al adjudicatario, un importe a aquella empresa que en su día fue contratada por el Ayuntamiento para prestarle asistencia, debiendo de ser ello asumido por el Ayuntamiento contratante”.*

Considera que su inclusión supone una vulneración de lo dispuesto en el artículo 87 del TRLCSP ya que *“Es de entender que en la presente licitación, el importe de licitación se ha cuidado y ajustado a las necesidades para el efectivo cumplimiento del Contrato. Ello quiere decir que si se pretende que el adjudicatario del Contrato haya de asumir el coste de otro contrato (asistencia y consultoría), el precio entonces ya no sería adecuado al mercado, pues sería menor”.* Y también del artículo 109.2 del TRLCSP, que indica que el expediente deberá referirse a la totalidad del objeto del contrato, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 3 del artículo 86 del TRLCSP, acerca de su eventual división en lotes, a efectos de la licitación y adjudicación. *“Cabe concluirse que en el presente asunto, en el expediente de contratación tramitado, no se ha hecho referencia a los trabajos de*

*consultoría y asistencia que han de abonarse por el final adjudicatario del Contrato. Y es de entender que dichas labores, al provenir de otro contrato, tampoco habrá tenido reflejo en el certificado de existencia de crédito destinado a la presente licitación. Y ello, porque dicha asistencia no es objeto del presente Contrato, sino de otro celebrado con anterioridad por el Ayuntamiento contratante”.*

Cita en apoyo de su tesis el Informe 56/04, de 12 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León que concluyen, respecto de un contrato de obras, que no cabe incluir en los pliegos como gastos a cargo del adjudicatario los de dirección de obra, coordinación de seguridad y salud y el visado del proyecto.

En consecuencia solicita la modificación la cláusula indicada.

El Ayuntamiento en su informe no hace alegaciones sobre el contenido del recurso puesto que se limita a pedir su inadmisión.

Constata el Tribunal que los trabajos desarrollados por la consultora que ha realizado la asistencia al Ayuntamiento en la presente contratación (apoyo en la redacción de Pliegos, asistencia a Mesa de contratación, y caracterización) y que ascienden a 9.000 euros, no tienen vinculación con el objeto del contrato, de acuerdo con las prestaciones exigidas, se trata de estudios previos y asesoramiento al Ayuntamiento en la contratación.

En este caso, igual que se determina en la Sentencia 1935/2013, del TSJ de Castilla-León de 11 de noviembre 2013, estamos ante servicios propios y de cargo del órgano de contratación que no pueden ser trasladados al contratista ni tan siquiera por el principio de libertad de pactos: *“La Sala haciendo aplicación de los preceptos citados y del criterio expuesto por la Sala de Valladolid concluye que la cláusula 7.6, párrafo segundo, y la cláusula 8, párrafo segundo, del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares infringen el art. 131 del Reglamento de Contratación por cuanto que, al incluir los honorarios de la dirección facultativa e*

*inspección de las obras y los honorarios de coordinación y dirección de la seguridad y salud de la mencionada obra en el presupuesto base de licitación del presente concurso, está necesariamente trasladando al contratista -adjudicatario de la obra o del contrato- la asunción de unos gastos y de unos costes que no le corresponden y que no le pueden corresponder, primero porque no pueden integrar ni el presupuesto de ejecución material y tampoco el presupuesto base de la licitación, según el transcrito artículo 131, y segundo porque los profesionales que deben llevar a cabo tales funciones debe asumirlos la propia Administración en su condición de promotora y dueña de la obra, bien porque tales labores van a ser llevadas a cabo por sus propios técnicos o bien porque se va a llevar a efecto por profesionales expresamente contratados al efecto por dicha Administración, y por ello en uno y en otro caso por personal dependiente profesionalmente de la propia Administración”.*

Como ya señaló el Tribunal en su Resolución 194/2017, de 28 de junio, en un supuesto en que se exigía al suministrador de equipos de laboratorio, el mantenimiento del sistema informático, *“se está exigiendo al adjudicatario la financiación de una prestación que no tiene vinculación directa con el objeto del contrato. Lo realmente necesario y exigido como objeto del contrato es la integración de los equipos de laboratorio que se adquieran en esta licitación con el sistema informático instalado en el Hospital. El mantenimiento de dicho sistema debe contratarse por el Hospital y ser financiado con cargo a sus créditos”.*

El objeto del contrato es el suministro de energía y las tareas de mantenimiento de las instalaciones municipales incluyendo una serie de inversiones de ahorro energético. La determinación de los parámetros de las prestaciones y el cálculo de los costes son trabajos que le corresponde al Ayuntamiento realizar en cumplimiento de lo previsto en el artículo 22 del TRLCSP en tanto que debe definir previamente sus necesidades y la forma de satisfacerlas sin que los gastos en que incurra para esa definición puedan ser repercutidos al futuro contratista.

Tal como afirma la recurrente se produce además por ello una disminución en el presupuesto de licitación del contrato por incluir una partida de gastos ajena a las

prestaciones objeto del mismo y que no forma parte del expediente de contratación.

Por todo ello debe estimarse el recurso, anulando el apartado de la cláusula 2 del PCAP y el procedimiento, que deberá reiniciarse, si el órgano de contratación mantiene la necesidad, elaborando un nuevo Pliego de acuerdo con lo establecido en la presente Resolución.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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 en materia de contratación, interpuesto por don F.S.H., en nombre y representación de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos, AMI, contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el contrato “Concesión de la gestión del servicio integral con garantía total del alumbrado público del Ayuntamiento de Cobeña”, número de expediente: Geres 146/2017.

**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 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 del TRLCSP.