

EXPEDIENTE N.º	ÓRGANO	FECHA DE LA SESIÓN
6/2022	Pleno de la ONE	01/07/2022

Con fecha de 24 de marzo de 2022, tuvo entrada en el portal de tramitación electrónico de la ONE, la solicitud formulada por parte de la Mancomunidad del Sur del informe preceptivo previsto en el artículo 333.3 de la LCSP, en relación con la licitación prevista por esta entidad local del “Contrato de concesión del servicio de explotación, mantenimiento y conservación de una Planta de tratamiento de residuos domésticos, con biometanización y compostaje de la fracción orgánica, en el término municipal de Pinto”.

A partir de la información facilitada por la propia Mancomunidad del Sur junto con dicha solicitud, así como de la que se remitió con fecha 3 de mayo de 2022 por parte del mismo solicitante a fin de dar respuesta al requerimiento formulado desde la ONE, y tomando como base los datos y documentos aportados, además de las aclaraciones adicionales que fueron remitidas por la Mancomunidad a través de diversos correos electrónicos, el último de ellos el día 13 de junio, se formuló la propuesta de informe elevado desde la División de evaluación de los contratos de concesión al Pleno de la ONE en la sesión celebrada en la fecha arriba indicada, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 3.4 de la Orden HFP/1381/2021, de 9 de diciembre, por la que se regula la organización y funcionamiento de la ONE.

Álvaro Vallejo Romero, EN CALIDAD DE SECRETARIO DE ESTE ÓRGANO, CERTIFICO:

Que, tras su toma en consideración, en dicha sesión se adoptó el siguiente acuerdo:

APROBACIÓN DEL INFORME 22010 DE LA OFICINA NACIONAL DE EVALUACIÓN (ONE) DEL EXPEDIENTE 6/2022 EN RELACIÓN CON LA LICITACIÓN DEL “CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO DE EXPLOTACIÓN, MANTENIMIENTO Y CONSERVACIÓN DE LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE RESIDUOS DOMÉSTICOS DE LA MANCOMUNIDAD DEL SUR EN PINTO”,



El acuerdo se adoptó por mayoría, con 3 votos a favor, 2 en contra y 1 abstención y sin que hubiera ningún miembro ausente.

Formularon voto particular sobre las razones de su discrepancia el representante de la Intervención General de la Administración del Estado y el representante de la Dirección General de Patrimonio del Estado, recibido por medios electrónicos, en un mismo documento, el 5 de julio y anexado, firmado, a este certificado.

Para que conste, expido el presente certificado, en el lugar y fecha indicados en la propia firma, de acuerdo a las funciones encomendadas por el artículo 6.8 de la Orden ONE y con el visto bueno de la Presidenta de la misma.

El Secretario del Pleno de la ONE,

Álvaro Vallejo Romero

La Presidenta de la ONE

María Luisa Araújo Chamorro

PS, el Subjefe de Sección (Resolución de 18 de enero de 2022, de la presidenta de la ONE, por la que se designa a las personas que serán titular y suplente en el desempeño de las funciones de secretaria del pleno de dicha oficina).

CERTIFICADO
Número: 2022-0010 Fecha: 05/07/2022



Cód. Validación: 99LY5T2JNC7TW3LDEANFDESXL | Verificación: <https://tramitesone.hacienda.gob.es/>
Documento firmado electrónicamente desde la plataforma esPublico Gestiona | Página 2 de 2



VOTO PARTICULAR DE LOS REPRESENTANTE DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO Y DIRECCIÓN GENERAL DEL PATRIMONIO DEL ESTADO EN EL PLENO DE LA ONE 1 DE JULIO DE 2022 SOBRE LA PROPUESTA DE INFORME DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIO DE EXPLOTACIÓN, MANTENIMIENTO Y CONSERVACIÓN DE LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE RESIDUOS DOMÉSTICOS DE LA MANCOMUNIDAD DEL SUR EN PINTO. INFORME ONE 7/2022

La documentación a la que ha tenido acceso ambos representantes para la preparación del Pleno ha sido la siguiente:

1. Informe ISDEFE elaborado con fecha 17 de mayo de 2022
2. Informe de viabilidad de 6 de abril de 2022.
2. Oficio de Convocatoria del Pleno de la ONE para el día 29 de junio de 2022 con Orden del Día
3. Propuesta de aprobación de informe al PLENO
4. Propuesta de Informe de la ONE

ANTECEDENTES

Con fecha 26 de mayo de 2022 se recibió de ONE correo electrónico con el expediente relativo al contrato de concesión de servicios de para la explotación, mantenimiento y conservación de la planta de tratamiento de residuos domésticos de la Mancomunidad del Sur en Pinto. El citado expediente consta de:

- Antecedentes (PPT; PCAP y estudio de viabilidad)
- Documentación aportada.
- Documentación tras requerimiento.
- Documentos de trabajo de ONE
- Estudio de ISDEFE
- Requerimiento de documentación.

VOTO PARTICULAR EN RELACIÓN CON EL RIESGO OPERACIONAL DEL CONTRATO

De acuerdo con lo previsto en el artículo 6.7 de la Orden HFP/1381/2021, de 9 de diciembre, por la que se regula la organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación, una vez analizada la documentación puesta a disposición de la Intervención General de la Administración del Estado junto con la propuesta de Informe, y debatido este último en el Pleno celebrado el 3 de junio de 2022, el representante de la Intervención General de la Administración del Estado **emite su voto particular discrepante** para su incorporación al acuerdo, en los siguientes términos:

La figura del **riesgo operacional** es el elemento habilitante o transformador de un contrato de servicios en contrato de concesión de servicios como recoge en Artículo 15. De la



Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) al definirse como:

[...] aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.

Artículo 14,4 in fine LCSP

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer 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.

En consecuencia, fundamentamos nuestro voto particular en los principios interpretativos de nuestro Derecho recogidos en el Artículo 3 de nuestro Código Civil por el que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. -

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de la LCSP, el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo no vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido. Adicionalmente, la parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer 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.

El informe sometido a votación desarrolla diversos escenarios, en los que se formulan hipótesis sobre variables que afectan a los ingresos percibidos por el contratista, en particular sobre el volumen de producción y sobre el canon de retribución. Sin embargo, no se formula hipótesis alguna sobre posibles incertidumbres sobre los costes, tomándose los mismos costes



fijos para todos los escenarios desarrollados (tomados del Estudio de Viabilidad aportado por la Mancomunidad) y escalando los costes variables en función de los niveles de producción.

SEGUNDO. -

Análisis de los escenarios formulados desde el punto de vista de los ingresos

2.1. Los escenarios desarrollados en el informe parten del **escenario de producción mínima establecida en los pliegos**, que para el tratamiento de residuos domésticos y asimilables (que genera más de la mitad de los ingresos del contrato) se fija en **103.000 toneladas/año**, y establece diversos niveles de producción entre dicha cifra y **una cifra máxima de 120.000 toneladas/año**.

Sin embargo, el rango de valores considerado no puede admitirse como representativo de incertidumbre alguna compatible con la premisa de condiciones normales de funcionamiento, dado que la *capacidad nominal de tratamiento autorizada* de la planta es de **140.000 toneladas/año** (tal y como se recoge tanto en el Estudio de Viabilidad como en la web de la Mancomunidad), *la demanda* supera ampliamente dicha capacidad (se estima en **750.000 toneladas/año** la cantidad de residuos de la Mancomunidad) y *la cantidad tratada en el año 2021* fue de aproximadamente **125.000 toneladas**.

CONCLUSIÓN: A la luz de dichas cifras, los niveles de producción considerados en todos los escenarios del informe subestiman significativamente tanto la demanda como la capacidad de tratamiento de la planta, y no representan incertidumbre alguna que esté fuera del control y capacidades del contratista.

2.2. La otra variable considerada en los escenarios del informe representa distintos niveles de penalización aplicables al contratista por incumplimiento de los objetivos comprometidos. *En primer lugar* ha de cuestionarse si la eventual reducción de ingresos como consecuencia del incumplimiento del contratista de los niveles de eficacia, rendimiento o calidad comprometidos puede ser considerada una incertidumbre ajena al control del contratista y al principio de riesgo y ventura de todo contrato, teniendo en cuenta además que el principal factor exógeno que podría influir en los niveles de rechazo a vertedero (principal factor de penalización) es la composición y grado de separación de los residuos de la Mancomunidad, información que es conocida, está recogida en los pliegos y no es probable que cambie sustancialmente en el limitado plazo de duración del contrato.

En segundo lugar, hay que señalar que en los escenarios desarrollados se fuerzan hasta límites difícilmente compatibles con las condiciones normales de funcionamiento de la planta los niveles de penalización por exceso de rechazo, llegando a cifrarse en una **reducción de tarifas del 27%** en el caso de los escenarios A4, B4 y C4. Resulta difícil sostener que tales penalizaciones (y por tanto los niveles de rechazo a vertedero que las causan) respondan a condiciones ajenas y fuera del control del contratista, dadas las condiciones y plazos en que el contrato se desarrolla.



CONCLUSIÓN: Por todo ello, en el informe no se justifica que, del lado de los ingresos, el contratista soporte un riesgo operacional efectivo, al estar asegurados tanto la demanda para toda la capacidad de la planta como un nivel suficiente de precios unitarios en condiciones normales de funcionamiento.

TERCERO. -

Análisis desde el punto de vista de los costes

La Mancomunidad incluye en su **Estudio de Viabilidad 2021** un resumen de su estudio de costes, en el que estima sus costes fijos en aproximadamente 3 millones de euros y los variables en aproximadamente 4,666 millones de euros, cifras que junto con las consignadas para costes imprevistos, gastos generales y beneficio industrial suman algo menos de 9,4 millones de euros anuales, que descontando la cifra incluida como beneficio industrial quedarían reducidos a algo menos de nueve millones de euros para el año base.

En el informe sometido a votación no se cuestionan estas cifras, que se toman como base para el cálculo de rentabilidades y márgenes en los distintos escenarios (con exclusión del beneficio industrial, que obviamente no es un coste para el contratista).

La documentación aportada por la Mancomunidad no incluye información detallada sobre el procedimiento de estimación de dichos costes ni sobre las fuentes de información utilizadas. Sin embargo, se dispone de información que obliga a cuestionar la razonabilidad de dicha estimación de costes en tanto que hay referente a costes históricos en la Plataforma de Contratación del Estado.

En primer lugar, el contrato actualmente en ejecución fue adjudicado a URBASER por un precio de poco más de **6,1 millones de euros/año**. Si la estimación de costes usada tanto por la Mancomunidad como por el informe fuera realista, ello significaría que URBASER habría licitado por un precio inferior en más de un 30% al coste de explotación. Siendo URBASER una de las empresas con mayor experiencia en el sector de tratamiento de residuos, y formando parte de la UTE que, a las fechas de licitación del contrato actualmente vigente estaba prestando el servicio, resulta altamente improbable que desconociera los costes reales de explotación hasta el punto de subestimarlos en más de un 30%.

En segundo lugar, a la licitación del contrato actualmente en ejecución presentaron ofertas cuatro empresas, tres de ellas (FCC, URBASER y VALORIZA) **por debajo de siete millones de euros**. Mediante el informe técnico 2019-88 se estimó la presunción que las ofertas presentadas por estas tres sociedades pudieran resultar inviables por haber sido formuladas en términos anormalmente bajos, por lo que la Mesa de Contratación de la Mancomunidad del Sur les solicitó justificación de sus ofertas.

Tras analizar las justificaciones aportadas por las tres sociedades, fundamentadas esencialmente en su capacidad de ejecutar el servicio a menores costes de los estimados, el Servicio de Planificación y Explotación de la Mancomunidad consideró justificadas las ofertas de FCC, de URBASER y de VALORIZA por importes de 6,873 millones de euros/año, 6,123 millones de euros/año y 6,124 millones de euros/año. Por lo tanto, tres de las principales empresas del sector de tratamiento de residuos y el propio jefe del Servicio de la Mancomunidad consideraron



que la instalación podría ser explotada, obteniendo el beneficio industrial esperado, por un **precio inferior a siete millones de euros/año**, y en el caso de URBASER y de VALORIZA, por un precio apenas superior a 6,1 millones de euros/año.

Tales estimaciones, efectuadas por algunas de las empresas más importantes del sector y por los propios servicios de la Mancomunidad, resultan difícilmente compatibles con la estimación de costes próxima a los **nueve millones de euros/año** usada tanto por la Mancomunidad como por el informe para estimar rentabilidades bajo distintas hipótesis de ingresos, y en definitiva para concluir la existencia de riesgo operacional soportado por el contratista, quien dispondría de un margen tan amplio que permite descartar la posibilidad de que no pudiera recuperar sus costes o incurrir en pérdidas.

CONCLUSIÓN: Por todo lo aquí expuesto, ni desde el punto de vista del riesgo de demanda (totalmente inexistente) ni desde el punto de vista de las incertidumbres que afectan a ingresos y a gastos puede tenerse por acreditado en el informe la transferencia al contratista de un riesgo operacional significativo en condiciones normales de funcionamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Es 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 la que en primera instancia hace propia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE en adelante), entre otras en las sentencias de 10 de septiembre de 2009 (asunto Eurwasser), de 25 de marzo de 2010, (Caso Helmut Müller GmbH contra Bundesanstalt für Immobilienaufgaben), de 10 de marzo de 2011 (asunto Privater) y de 10 de noviembre de 2011 (asunto Norma-A, Dekan), que van definiendo unos límites a la interpretación del riesgo de operacional de los contratos de concesión que entiende el riesgo como la asunción por el operador de la responsabilidad sobre los aspectos técnicos, financieros y de gestión del servicio, más allá del riesgo inherente a un contrato público, sin que existan mecanismos de compensación por los que el poder público garantice un nivel de beneficios o la ausencia de pérdidas.

Jurisprudencia que confirma, además, que el riesgo puede ser limitado sin que ello desmerezca la calificación jurídica del contrato como concesión.

Estos principios jurisprudenciales **se incorporan al articulado** de la Directiva 2014/23/UE, y quedan explicitados en sus considerandos 18, 19 y 20:

(18)

*Las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato público han generado una inseguridad jurídica continua para las partes interesadas y han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. **Por lo tanto, debe aclararse la definición de «concesión», en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional.** La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los*



servicios implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviasse al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato. Al mismo tiempo, hay que aclarar que ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios.

(19)

Cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato, este último no debería considerarse concesión a efectos de la presente Directiva. El hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en sectores con tarifas reglamentadas, o cuando se limita el riesgo operacional mediante regímenes contractuales que prevén una compensación parcial, incluida la compensación en caso de adelantarse la caducidad de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicador, o por causas de fuerza mayor.

(20)

Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario.

SEGUNDO: Hasta tiempos relativamente recientes, la diferenciación entre los tipos contractuales de contrato de servicios y de contrato de concesión de servicios dependía de que la prestación pudiera calificarse como servicio público (con referencia a diversos servicios de titularidad municipal, pueden consultarse los informes de la Junta Consultiva de Contratación



27/2002, de 23 de octubre, 28/2007, de 5 de julio, o 10/2007, de 26 de marzo, entre otros muchos).

La superación de este criterio ha venido de la mano de la **jurisprudencia comunitaria**, que sitúa el criterio fundamental de distinción entre el contrato de servicios y la concesión en la **transferencia del riesgo**, conjuntamente con que el pago provenga de los usuarios del servicio o beneficiarios de la prestación. Este criterio de origen jurisprudencial ha sido incorporado por la ya citada Directiva 2014/23/UE y por la vigente LCSP.

El TJUE ha vinculado tradicionalmente la calificación de un contrato como concesión de servicios al hecho de que **los pagos al prestador provinieran directamente de los usuarios o beneficiarios** de la prestación del servicio, **generando con ello un riesgo para el contratista**. En la *STJUE de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, asunto C-458/03*, sobre la adjudicación de un aparcamiento público en el que la retribución del contratista consiste en las cantidades abonadas por los usuarios del aparcamiento, se afirmaba:

«40. En [...] la situación a que se refiere la primera cuestión, la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento. Esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos. Por consiguiente, la situación descrita en el litigio principal no se trata de un contrato público de servicios, sino de una concesión de servicios públicos».

En paralelo, el TJUE **prescinde de la calificación jurídica del servicio** que constituya el objeto del contrato. En este sentido, en la *STJUE de 18 de noviembre de 2004, Comisión c. República Federal de Alemania, asunto C-126/03*, se considera irrelevante a efectos de la sujeción a las directivas de contratación (las concesiones estaban excluidas) que **el contrato cumpla una función de interés general, calificó como contrato de servicios** un contrato cuyo objeto era el transporte de residuos, afirmando lo siguiente:

(fundamento 18) «... según la jurisprudencia, el artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50 no distingue entre los contratos celebrados por una entidad adjudicadora para cumplir su función de satisfacer necesidades de interés general y los contratos que no guardan relación con dicha función [véase por analogía, en relación con la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), la sentencia de 15 de enero de 1998 Mannesmann Anlagenbau Austria y otros (C-44/96, Rec. p. I-73), apartado 32]».

En el mismo sentido la *STJUE de 18 de julio de 2007, Comisión c. Italia, asunto C-382/05*, sobre la calificación de contratos de tratamiento de residuos y de protección de las aguas en Sicilia como **contratos públicos de servicios** sujetos a la Directiva 92/50/CEE y **no como concesiones**, afirmando la irrelevancia de que *«el tratamiento de residuos sea de interés general»* (fundamento 43), concepto de Derecho comunitario que es equivalente al de servicio público en el Derecho interno.



En consecuencia, para el Tribunal de Justicia, **sin retribución por el usuario y traslación de riesgo al contratista no hay concesión, sino contrato de servicios.**

En este sentido la Sentencia de 27 de octubre de 2005, Contse SA y otros c.INGESA, asunto C-234/03, respecto a varios contratos de gestión de servicios públicos convocados por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (anteriormente INSALUD) para la prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida, que son calificados **como contratos de servicios** (fundamento 22):

«Con carácter previo, procede señalar que, a diferencia de lo que sostiene el Gobierno español, el asunto principal parece referirse a un contrato público de servicios y no a un contrato de gestión de servicios calificado de concesión. En efecto, como afirmó el Insalud en la vista, la Administración española sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación del servicio. Esta circunstancia, que implica la inexistencia de transmisión de los riesgos relacionados con la prestación del servicio de que se trata, y el hecho de que sea la Administración sanitaria española quien retribuye el servicio respaldan la citada conclusión».

Como ha declarado el TJUE en la Sentencia de 11 de junio de 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07, apartado 71, una concesión de servicios se caracteriza por la transferencia del derecho de explotación de un servicio determinado por un adjudicador a un concesionario, con una cierta libertad económica y **quedando suficientemente expuesto a los riesgos vinculados a esa explotación.**

En el mismo sentido la STJUE de 10 de septiembre de 2009, WAZV Gotha, asunto C-206/08, fundamento 72:

«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».

En cuanto al **concepto de riesgo** que se está manejando, es relevante la STJUE de 10 de marzo de 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, asunto C-274/09, apartados 37 y 38:

*«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, 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, apartado 74].

38. En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios»

En el mismo punto se insiste en la STJUE de 10 de noviembre de 2011, Norma-A SIA, asunto C-348/10, apartados 48 y 49, cuando señala, con cita expresa de la anterior, que «el riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado».

TERCERO: En relación a las resoluciones de los Tribunales Administrativos contractuales destaca por la claridad de sus contenidos las Resoluciones nº 47/2019 y nº 382/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su punto Segundo:

[...] El pago por parte del órgano contratante, como contrapartida del servicio, no altera la naturaleza de la concesión siempre y cuando no elimine el riesgo inherente a la explotación. El elemento determinante es, pues, la presencia de un riesgo operacional de carácter económico. Por todo lo expuesto, el riesgo operacional supone en este caso que el concesionario no tiene asegurado un beneficio por la gestión del servicio que se traduce en la posibilidad real de que el contratista incurra en pérdidas económicas”.

[...] la aparente existencia de un riesgo operacional que asume el adjudicatario fundamentado en los ámbitos de coste salarial, precios de combustible y amortización de flota y por las razones expuestas en dicho texto. Afirmando que dichos conceptos no pueden quedar conceptuados como riesgo operacional, sino que dichos conceptos erróneamente considerados por el Órgano de Contratación como "riesgos" sólo pueden tener una catalogación cierta y única de contingencias directamente conexas e inherentes a cualquier actividad empresarial y comercial así como al riesgo y ventura necesariamente derivado de dicha actividad comercial, entendida de forma genérica; riesgo y ventura que cualquier operador asume siempre, en todo caso y por el mero hecho de la actividad comercial y empresarial que lleva a cabo.

Así como la Resolución del Tribunal de fecha 12 de enero de 2016 dictada en el recurso nº 1319/2015, C.A. Galicia 183/2015, al señalar:

“En este orden de cosas, y como bien aduce la recurrente, el criterio fundamental - aunque no el único- para distinguir entre la concesión de servicios públicos y el contrato de servicios es que en el primero el concesionario asume la totalidad o una parte significativa de los riesgos derivados de la explotación de dicho servicio (artículos 1.4 de la Directiva 2004/18/CE y 277 a) y 281.1 TRLCSP, así como Sentencias del TJCE de 27 de octubre de 2005 – asunto C-234/03-, 18 de julio de 2007 –asunto C-382/2005-, 10 de septiembre de 2009 – asunto C-206/08- y Resoluciones de este Tribunal 80/2013, 91/2013, 222/2013, 41/2014, 82/2014 y 215/2014, entre otras). Por riesgo de explotación económica debe entenderse “el riesgo de exposición a las



incertidumbres del mercado”, esto es, “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”, no así los vinculados a la mala gestión o a los errores de apreciación del operador económico, al ser éstos inherentes a cualquier contrato (cfr.: Sentencia TJUE, sala Tercera, 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09)».

CUARTO: En relación al tratamiento efectuado por las Juntas Consultivas, destaca el informe anterior a la vigencia de la actual normativa contractual 9/2016, de 1 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya que concluye:

2. El riesgo operacional que tienen que asumir las empresas concesionarias es un riesgo económico vinculado a la explotación y, en consecuencia, a la retribución, que puede comprender el riesgo de demanda, el riesgo de suministro o ambos, de manera que la remuneración de las empresas concesionarias debe depender del uso efectivo o de la frecuentación de la obra o el servicio. Por lo tanto, no parece que se pueda considerar que se traslada el riesgo operacional sólo con el traslado del riesgo de disponibilidad, es decir, determinando la retribución de la empresa contratista únicamente por el grado efectivo de disponibilidad de la obra o servicio objeto del contrato o por el cumplimiento de determinados estándares de calidad fijados previamente. Sin embargo, dado que el riesgo operacional se define como aquel que proviene de factores ajenos al control de las partes y de las incertidumbres del mercado, el riesgo de disponibilidad se podría entender que se encuentra incluido en el concepto de riesgo operacional, pero sólo si esta falta de disponibilidad es debida a factores externos a la propia empresa contratista –por ejemplo, si fuera consecuencia del “riesgo tecnológico” asumido.

3. La calificación de un contrato como contrato de servicios o contrato administrativo especial se tiene que determinar según su objeto y su vinculación a la Administración o a la satisfacción de finalidades públicas.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su informe al expediente 87/18 deja muy claro que:

*[...] el elemento diferenciador entre las concesiones y los contratos de servicios estriba en muchos casos en su peculiar sistema de retribución, consistente en el derecho a explotar el servicio o en dicho derecho acompañado de un pago, unido a la **asunción por el contratista del riesgo operacional en la prestación del servicio.***

Del mismo modo puntualiza en su informe al Expediente 106/18

*[...] 3. En la regulación del contrato de concesión de servicios observamos (Artículo 285 de la LCSP) que los **pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas deberán hacer referencia, al menos, a la distribución de riesgos entre la Administración y el***



concesionario en función de las características particulares del servicio, si bien, señala la ley, en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista [...]

4. Todo lo anterior no nos puede hacer olvidar que el elemento básico que la LCSP tiene en cuenta para calificar un contrato como concesión de servicios es que se produzca la transferencia del riesgo operacional. Por esta razón, en los casos en que una Administración subvencionara todas las posibles pérdidas en que pudiese incurrir el concesionario o una parte tan significativa de ellas que se produjese el efecto de que tales pérdidas sean meramente nominales o desdeñables, no se estaría asumiendo por el contratista el riesgo operacional y el contrato no sería una concesión

CONCLUSIÓN: *La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, considera posible que en el contrato de concesión de servicios la Administración contratante acuerde conceder aportaciones, ayudas o subvenciones a la explotación del servicio con el fin de garantizar su viabilidad económica, pero **ello debe hacerse en términos tales que se mantenga la asunción del riesgo por el concesionario.***

QUINTO: Una de las notas del contrato de concesión de obras que nos puede ayudar a clarificar el objeto del voto particular que se formula es que, de acuerdo con lo señalado en el inciso final del Artículo 14.1, en el contrato de concesión de obra, la contraprestación a favor del concesionario consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra en el sentido del artículo 14.4 de la LCSP, o bien en dicho derecho acompañado del de **percibir un precio para delimitar el riesgo operacional.**

En cuanto al concepto de precio, es el Artículo 102 de la LCSP el que establece que los contratos del sector público tendrán siempre **un precio cierto**, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado. Sin embargo, tenemos que señalar que el concepto de certeza del precio no se define en la LCSP ni en las restantes normas de Derecho Administrativo, por lo que deben aplicarse supletoriamente las normas del Derecho Privado, ya que así se ha previsto en los artículos 25.2 y 26.2, 3 y 4 de la LCSP. El concepto de **"precio cierto"** se define en los artículos 1.447 y 1.449 del Código Civil, al regular el contrato de compraventa, en cuya virtud el señalamiento del **precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes y, para que se tenga por cierto, bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta**, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada.

En los Contratos de concesión señala el Artículo 107.4 de la LCSP que: *Se fijará en cada caso por el órgano de contratación en el PCAPS, en función de la naturaleza, importancia y duración de la concesión de que se trate.*

En consecuencia, siguiendo los principios del Artículo 102,3 de la LCSP los órganos de contratación cuidarán de que **el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe**, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación. Al tiempo que determina que en aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales,



nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios, como es el caso que nos ocupa.

Por otra parte, es de señalar, que el contrato que nos ocupa queda acreditado que no sólo tiene precio, sino que tiene otra financiación pública válida adicional, en tanto que puede atender a un fin público o interés general del objeto de concesión. Esta puede nacer de la propia Administración contratante, vía aportaciones dinerarias o no dinerarias, subvenciones o préstamos reintegrables, con o sin interés, así como préstamos participativos¹, de otras Administraciones Públicas distintas a la concedente o, incluso, de otros organismos nacionales² o internacionales³.

Sin embargo, el precio es el elemento esencial, en tanto que el citado Artículo 14.4 establece que el derecho de explotación de servicios deberá implicar **la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos**. Se entiende por **riesgo de demanda** el que se debe a la demanda real de las obras o servicios⁴ objeto del contrato y por riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

Así, 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 en que hubiera incurrido** como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión⁵. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer 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.

Por ello, en este tipo de contrato administrativo resulta de la máxima importancia para el concesionario la realización de **un correcto dimensionamiento de su expectativa de negocio**, con vistas a recuperar en el plazo de la concesión la inversión realizada cuando la hubiera y un **razonable beneficio empresarial**. Todo contrato ha de mantener un equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario⁶, de modo que, **cuando las estipulaciones del contrato no incorporan un concreto nivel de ingresos para la continuidad del vínculo contractual y de sus obligaciones como concesionaria**, los **posibles riesgos concurrentes deberán ser asumidos por ésta en base al**

¹ Artículo 265.2 de la LCSP.

² Artículo 265.3 de la LCSP.

³ Sería, por ejemplo, el caso de los Fondos de Cohesión, FEDER o del Banco Europeo de Inversiones.

⁴ Informe JCCA de Cataluña 9/2016 en el que señala que el riesgo de disponibilidad se podría entender que se encuentra incluido en el concepto de riesgo operacional. La disponibilidad es debida a factores externos a la propia empresa contratista si fuera consecuencia del riesgo tecnológico asumido.

⁵ SAN de 4 de febrero de 2019.

⁶ STSJ de la Comunidad de Madrid de 30 de diciembre de 2020.

**principio de riesgo y ventura que rige la contratación administrativa⁷.**

Con este fin, es básico elaborar un correcto y actualizado **estudio de viabilidad (el presentado es de 6 de abril de 2018)** si se quiere promover la convocatoria de un procedimiento selectivo para adjudicar una concesión con la finalidad, no solo de identificar la finalidad y justificación del servicio u obra y definir sus características esenciales, sino, sobre todo, para valorar la rentabilidad de la inversión, hecho que no ocurre en este caso por el desfase temporal. En este sentido, se analizarán en todas las concesiones, primordialmente, tres tipos de riesgos, los propios de la construcción⁸, los derivados de la eventual indisponibilidad de la infraestructura⁹, y los de la demanda bien en función de la proyección de usuarios que se prevé van utilizar la infraestructura bien valorando la posible competencia de terceros prestadores del servicio que pudieran surgir a lo largo de la vida de la concesión¹⁰.

SEXTO: Como consecuencia del examen de la documentación se observa por parte del Pleno de ONE de un cambio de criterio en contra del principio “nemo potest contra proprium actum venire” y que modificaría la justificación de los informes 1 y 3 del año 2022.

Los órganos de contratación, como señala el Artículo 102 de la LCSP, cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato **mediante la correcta estimación de su importe**. Un mal cálculo del precio del contrato no puede justificar la transferencia del riesgo operacional

Se considerará que el concesionario **asume un riesgo operacional** cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una

⁷ STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de marzo de 2020.

⁸ Por ejemplo, por eventuales retrasos en la terminación de la obra, por sobrecostes de ejecución o deficiencias técnicas.

⁹ Por ejemplo, referidos a los estándares de cantidad y calidad o de puesta a disposición del bien o servicio que sea objeto de la prestación. En este sentido, el artículo 259.5 de la LCSP señala que “*La Administración podrá incluir en los pliegos de condiciones mecanismos para medir la calidad del servicio ofrecida por el concesionario y otorgar ventajas o penalizaciones económicas a éste en función de los mismos*”. Sobre este particular cabe citar la llamada “*cláusula de progreso*”, en virtud de la cual el contratista ha de mantener, a tenor del artículo 259.4, la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento según el progreso de la obra, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación.

¹⁰ Por ejemplo, como los derivados de la coyuntura macroeconómica y las tendencias del mercado, sin incluir los factores motivados por la actuación de los poderes públicos. En este sentido, a tenor del artículo 247.2 c), el estudio de viabilidad, que debe elaborarse antes de convocar la licitación, deberá incluir referencia a las “*Previsiones sobre la demanda de uso e incidencia económica y social de la obra en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión*”.



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.**

De acuerdo con el concepto de riesgo operacional recogido tanto en la Directiva como en su transposición en la LCSP y resoluciones de los Tribunales de Contratación e informes de Juntas Consultivas, se considera que **deben cumplirse las tres siguientes notas para que tenga la consideración de un contrato de concesión de servicios y no un contrato de servicios:**

a) La primera de ellas se refiere a una exposición real a las incertidumbres del mercado. Como se indica en el borrador de informe de la ONE, los ingresos de los concesionarios provienen en su mayor parte de la Administración contratante que es un canon fijo que cubriría los gastos de explotación y de un ingreso por abonos que son los únicos que supondrían un mínimo riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, si bien carece de desajustes entre la oferta y la demanda del servicio y, por tanto, los ingresos cubrirían íntegramente los gastos de explotación.

Es de señalar que la transmisión de riesgo operacional nunca puede producirse por un mal cálculo del precio del contrato por no incorporan un concreto nivel de ingresos para la continuidad del vínculo contractual y de sus obligaciones al concesionario. Los posibles riesgos concurrentes deberán ser asumidos por este en base al principio de riesgo y ventura que rige la contratación administrativa. Como ha señalado el Consejo de Estado en su informe 596/2020 de 10 de diciembre de 2020:

[...] El principio de riesgo y ventura, en definitiva, impide al contratista trasladar a la Administración los riesgos de su actividad, en este caso y entre otros, el riesgo de falta de demanda al que hace alusión reiterada. Menos aun cuando, precisamente para compensar eventuales problemas como los alegados, se dispusieron en el PCAP y en el PPT diversos mecanismos de auxilio a su explotación [...]

El borrador de informe de la ONE establece, por otra parte, que la estimación “podría ser razonable”, pero es importante señalar que la previsión en contextos de incertidumbre tiene un elevadísimo riesgo que repercute en la rentabilidad de la concesión.

b) Que la pérdida por la transferencia del riesgo operacional no sea nominal o desdeñable.

Teniendo en cuenta los escenarios aportados por el Ayuntamiento y que se consideran razonables en el borrador del informe de la ONE, no se observan pérdidas si los cálculos de precios se efectúan y actualizan correctamente.

CONCLUSIÓN

PRIMERA: Los órganos de contratación cuidarán que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la **correcta estimación de su importe.**



SEGUNDA: El riesgo de explotación económica, es aquel que incluye el **riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado**, esto es, 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.

TERCERA: El **principio de riesgo y ventura**, es aquel que impide al contratista trasladar a la Administración los riesgos de su actividad y debe definirse muy correctamente los casos frontera que puedan incurrir en confusión con el riesgo operacional, como son en este caso el riesgo de falta de demanda. Menos aun cuando son, precisamente para compensar eventuales problemas, y se han dispuesto en el PCAP y en el PPT diversos mecanismos de auxilio a su explotación, como es el precio junto con el cobro de abonos, al tiempo que no figura el valor de uso y amortización de instalaciones patrimoniales puesta a disposición del concesionario sin coste alguno como ingreso subyacente.

Por otra parte, es de señalar que, no pueden asimilarse riesgo operacional con aquellas conductas vinculadas a la mala gestión o a los errores de apreciación del operador económico de elementos básicos del contrato como son costes de mano de obra directa y materiales, en tanto que son éstos inherentes a cualquier contrato.

De lo anterior, cabe concluir que **el contrato de concesión de servicios no cumple los requisitos de la Directiva 2014/23/UE y del artículo 14.4 de la LCSP en cuanto a la transferencia del riesgo operacional, en tanto que las posibles pérdidas derivadas de la exposición a las incertidumbres del mercado son nominales y son desdeñables y por el error en los cálculos efectuados y se considera que la falta de riesgo operacional supone en este caso que el concesionario tenga asegurado un beneficio por la gestión del servicio que se traduce en la posibilidad real de que el contratista obtenga beneficios económicos ciertos.**

Firmado electrónicamente.

Representante de la Intervención General del Estado

Representante de la Dirección General de Patrimonio del Estado.

Fecha:
2022.07.05
11:27:53
+02'00'